

Abschlussbericht

der

Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57a StGB)

dem Bundesminister der Justiz
und für Verbraucherschutz
Heiko Maas

im Juni 2015 vorgelegt

§ 2
Die Strafvorschriften über Mord und Totschlag (§§ 211, 212 des Strafgesetzbuchs) erhalten folgende Fassung:

a) „§ 211

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

(3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“

„§ 212

- b) Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.“

Der Mörder (§§ 211 des Strafgesetzbuchs) wird in besonders hohem Maße bestraft. Daneben ist eine beschränkte Höhe der Strafe

Zwecks schärferer Beweismittel (Ausweisepapieren) wird folgende Vorschrift aufgestellt:

(1) Wer ein Ausweisepapier, dessen Verweigerung den Rechtsverkehr gefährdet, im Rechtsverkehr überlässt, wird mit Gefängnis oder mit Zuchthaus bestraft.

(2) Einem Ausweisepapier, das als andere Urkunde missbräuchlich verwendet wird,

§ 1 der Verordnung über die Strafvorschriften zum Strafgesetzbuch vom 25. Juni 1935 (S. 2319) wird als § 143a in das Strafgesetzbuch

Inhaltsverzeichnis

I. Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte am 20. Mai 2014.....	- 1 -
II. Ausgangspunkt der Einsetzung der Expertengruppe	- 6 -
1. Überblick.....	- 6 -
2. Geschichtliche Entwicklung	- 6 -
3. Bisherige Reformbestrebungen.....	- 7 -
a. Gesetzliche Reformbestrebungen	- 7 -
b. Richterliche Reformbestrebungen	- 8 -
c. Sonstige Reformbestrebungen.....	- 9 -
4. Bestehende Reformbedürftigkeit.....	- 10 -
a. Systematisches Verhältnis zwischen § 211 und § 212 StGB.....	- 10 -
b. Terminologie	- 10 -
c. Lebenslange Freiheitsstrafe	- 10 -
III. Zusammensetzung und Arbeitsweise	- 12 -
1. Zusammensetzung	- 12 -
2. Arbeitsweise	- 14 -
IV. Beratungen und Beratungsergebnisse	- 15 -
<i>Zusammenfassung</i>	- 15 -
1. Grundmodelle	- 23 -
1-1. Tatbestandskonzept (Privilegierung).....	- 23 -
1-2. Mordmerkmals- bzw. Regelbeispielskonzept.....	- 24 -
1-2a. Mordmerkmalskonzept (Qualifizierung)	- 24 -
1-2b. Regelbeispielskonzept	- 24 -
2. Systematik und Wortlaut.....	- 26 -
2-1. Gesetzliche Abgrenzung zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen Tötung .-	- 26 -
2-2. Verhältnis.....	- 27 -
2-3. Terminologie.....	- 27 -
3. Leitprinzipien.....	- 28 -
3-1. Orientierungsrahmen.....	- 28 -

3-2. Einzelne Leitprinzipien	- 28 -
4. Abgrenzungskriterien.....	- 31 -
4-1. Mordlust.....	- 32 -
4-2. Befriedigung des Geschlechtstriebes.....	- 33 -
4-3. Habgier	- 34 -
4-4. Motivgeneralklausel.....	- 35 -
4-5. Ergänzung der Mordmerkmale durch weitere normierte niedrige Beweggründe	- 37 -
4-6. Heimtücke.....	- 40 -
4-7. Grausamkeit	- 45 -
4-8. Gemeingefährliche Mittel.....	- 47 -
4-9. Ermöglichungsabsicht	- 48 -
4-10. Verdeckungsabsicht	- 49 -
4-11. Ergänzung durch weitere Abgrenzungskriterien	- 51 -
5. Rechtsfolgen für die höchststrafwürdige Tötung.....	- 53 -
5-1. Lebenslange Freiheitsstrafe	- 53 -
5-2. Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis	- 55 -
5-3. Umsetzung der Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses	- 56 -
5-4. Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe	- 59 -
6. Unbenannter besonders schwerer Fall des Grundtatbestandes.....	- 60 -
7. Minder schwerer Fall des Grundtatbestandes.....	- 61 -
8. Schwere der Schuld	- 64 -
8-1. Beibehaltung der Schuldschwereklausel	- 64 -
8-2. Konkretisierung der besonderen Schwere der Schuld.....	- 64 -
8-3. Begrenzung der Mindestverbüßungsdauer.....	- 65 -
8-4. Gerichtliche Zuständigkeit.....	- 65 -
8-5. Zeitpunkt der Entscheidung.....	- 66 -
9. Privilegierter Vollzug.....	- 67 -
10. Folgeänderungen für Schwurgerichtssachen.....	- 68 -
10-1. Audio-visuelle Dokumentation.....	- 68 -
10-2. Stärkere Partizipation des Verteidigers.....	- 69 -
10-3. Tatinterlokut.....	- 69 -
11. Anregung für sonstige Folgeänderungen	- 70 -
V. Zusammenfassung der Referate der Mitglieder	- 71 -
1. RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers	- 71 -
Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB	- 71 -
Zum Merkmal der Verdeckung in § 211 Absatz 2 StGB	- 71 -

2.	<i>Prof. Dr. Dieter Dölling</i>	- 71 -
	Zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis.....	- 71 -
3.	<i>Prof. Dr. Anette Grünewald</i>	- 72 -
	Grundkonzeption der Tötungsdelikte	- 72 -
4.	<i>RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor</i>	- 74 -
	Stellungnahme zum Mordmerkmal der „Heimtücke“	- 74 -
	Stellungnahme zum Referat von <i>Schneider</i> „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“	- 74 -
	Gesetzesvorschlag für die Reform der Tötungsdelikte	- 75 -
5.	<i>RA Prof. Dr. Stefan König</i>	- 76 -
	Empfehlen sich prozessuale Folgeregelungen?	- 76 -
6.	<i>Prof. Dr. Hans-Ludwig Kröber</i>	- 78 -
	Mordkonzept und Mordmerkmale aus forensisch-psychiatrischer Sicht.....	- 78 -
7.	<i>Prof. Dr. Reinhard Merkel</i>	- 80 -
	Grundlagenprobleme der Leitprinzipien und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands. -	80 -
8.	<i>MR Martin Reinhard</i>	- 82 -
	Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)	- 82 -
9.	<i>VRinLG Regina Rieker-Müller und RiAG Dr. Jan Schady</i>	- 83 -
	Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?.....	- 83 -
10.	<i>VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan</i>	- 84 -
	Grundkonzeption der Tötungsdelikte	- 84 -
11.	<i>Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)</i>	- 85 -
	Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag.....	- 85 -
12.	<i>BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider</i>	- 86 -
	Die Motivgeneralklausel des § 211 Absatz 2 StGB – ein unzeitgemäßes Mordmerkmal?	- 86 -
	Thesen zur Heimtücke.....	- 87 -
	Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda.....	- 88 -
VI.	Gesamtkonzeptionen mit Formulierungsvorschlag	- 90 -
1.	<i>RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Prof. Dr. Anette Grünewald, RA Prof. Dr. Stefan König, Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)</i>	- 90 -
2.	<i>Prof. Dr. Dieter Dölling</i>	- 94 -
3.	<i>RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor</i>	- 96 -
4.	<i>VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan</i>	- 109 -

5.	<i>BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider</i>	- 111 -
VII. Protokolle		- 115 -
	<i>Erste Sitzung am 20. Mai 2014</i>	- 115 -
	<i>Zweite Sitzung am 2. Juli 2014</i>	- 122 -
	<i>Dritte Sitzung am 20. August 2014</i>	- 132 -
	<i>Vierte Sitzung am 8. Oktober 2014</i>	- 140 -
	<i>Fünfte Sitzung am 26. November 2014</i>	- 151 -
	<i>Sechste Sitzung am 7. Januar 2015</i>	- 159 -
	<i>Siebte Sitzung am 18. und 19. Februar 2015</i>	- 169 -
	<i>Achte Sitzung am 18. und 19. März 2015</i>	- 182 -
	<i>Neunte Sitzung am 22. und 23. April 2015</i>	- 191 -
VIII. Bisherige Reformvorschläge (Auswahl)		- 193 -
1.	<i>Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag 1980 (Albin Eser)</i>	- 193 -
2.	<i>Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte - Jura 2003, Seite 612-622 (Harro Otto)</i>	- 198 -
3.	<i>Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer - GA 2008, Seite 193-270 (Günter Heine, Frank Höpfel, Barbara Huber, Heike Jung, Dunja Lautenschläger, Hans Lilie, Bernd-Dieter Meier, Rudolf Rengier, Franz Riklin, Klaus Rolinski, Henning Radtke, Peter Rieß, Claus Roxin, Heinz Schöch, Hans-Ludwig Schreiber, Horst Schüler-Springorum, Torsten Verrel)</i>	- 228 -
4.	<i>Bundratsinitiative des Landes Schleswig-Holstein – BR-Drs. 54/14</i>	- 310 -
5.	<i>Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – NSTZ 2014, 9-17 (Rüdiger Deckers, Thomas Fischer, Stefan König, Klaus Bernsmann)</i>	- 315 -
6.	<i>Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung – NSTZ 2014, 368-376 (Tonio Walter)</i> -	336
	-	
IX. Rechtsprechung (Auswahl)		- 357 -
1.	<i>Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76</i>	- 357 -
2.	<i>Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81</i>	- 422 -
X. Literatur zur Reform der Tötungsdelikte (Auswahl)		- 437 -
1.	<i>Zeitschriften</i>	- 437 -
2.	<i>Festschriften</i>	- 442 -

XI. Referate	- 443 -
1. RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers	- 443 -
Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB	- 443 -
Zum Merkmal der Verdeckung in § 211 Absatz 2 StGB	- 451 -
2. Prof. Dr. Dieter Dölling.....	- 461 -
Zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis.....	- 461 -
3. Prof. Dr. Anette Grünewald	- 477 -
Impulsreferat zur Auftaktveranstaltung.....	- 477 -
Grundkonzeption der Tötungsdelikte	- 480 -
4. RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor.....	- 515 -
Stellungnahme zum Mordmerkmal der „Heimtücke“	- 515 -
Stellungnahme zum Referat von Schneider „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“	- 524 -
5. Prof. Dr. Jörg Kinzig	- 529 -
Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe.....	- 529 -
6. PD Dr. Hans-Georg Koch.....	- 592 -
Rechtsvergleichende Bemerkungen anlässlich der Überlegungen zu einer Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikten in Deutschland	- 592 -
7. RA Prof. Dr. Stefan König.....	- 613 -
Empfehlen sich prozessuale Folgeregelungen?	- 613 -
8. Prof. Dr. Hans-Ludwig Kröber	- 638 -
Mordkonzept und Mordmerkmale aus forensisch-psychiatrischer Sicht.....	- 638 -
9. Prof. Dr. Reinhard Merkel.....	- 658 -
Grundlagenprobleme der „Leitprinzipien“ und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands	- 658 -
10. VRinOLG Ramona Pisal.....	- 687 -
Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte.....	- 687 -
11. MR Martin Reinhard	- 703 -
Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)	- 703 -
12. VRinLG Regina Rieker-Müller und RiAG Dr. Jan Schady.....	- 750 -
Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?.....	- 750 -
13. VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan.....	- 773 -
Grundkonzeption der Tötungsdelikte	- 773 -
14. Prof. Dr. Markus Rothschild.....	- 792 -
Die Rechtsmedizin als Hilfswissenschaft der Einordnung von Tötungsdelikten	- 792 -

Leichenschau und Aufdeckung von Tötungsdelikten und Dunkelfeldanalyse	- 802 -
15. Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)	- 809 -
Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag	- 809 -
16. BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider	- 830 -
Impulsreferat zur Auftaktveranstaltung	- 830 -
Die Motivgeneralklausel des § 211 Absatz 2 StGB – ein unzeitgemäßes Mordmerkmal?	- 838 -
Thesen zur Heimtücke	- 864 -
Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda	- 881 -

I. Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte am 20. Mai 2014

Meine Damen und Herren!

Herzlich willkommen im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Ich freue mich sehr, dass Sie heute meiner Einladung gefolgt und hier zu uns ins Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gekommen sind.

Das hat zum einen mit der Sache zu tun, denn eine Reform der Tötungsdelikte ist unabwendbar und wir sollten sie jetzt endlich angehen.

Das hat zum anderen damit zu tun, dass wir uns vorgenommen haben, zu rechtspolitischen Themen, bei denen wir Reformbedarf sehen, eine breit angelegte Diskussion zu führen. Das machen wir jetzt zum ersten Mal mit dieser Expertengruppe.

Meine Damen und Herren,

ich möchte aber auch kurz begründen, warum wir gerade auf Sie zugekommen sind. Ich glaube, dass Sie dazu beitragen können, das umzusetzen, was wir uns hier vorgenommen haben. Es gibt ja unterschiedliche Herangehensweisen an dieses Thema, und für diese Reform gibt es viele Argumente. Für eine Änderung des geltenden Rechts gibt es aus unserer Sicht vor allen Dingen aber systematische, kriminologische und auch historische Argumente.

Ihren Ursprung nehmen viele der Schwierigkeiten, die wir mit der geltenden Fassung der Tötungsdelikte haben, nämlich in der zweifelhaften Historie. Die heutigen §§ 211, 212 des StGB stammen im Wesentlichen aus dem Jahr 1941. Maßgeblicher Autor war einer der furchtbarsten Juristen nicht nur dieser Zeit: Roland Freisler. Der berühmte Präsident des sogenannten Volksgerichtshofes war zuvor als Staatssekretär im Reichsjustizministerium an der Gesetzgebung beteiligt. Die Struktur der Norm mit der Einleitung „Mörder ist“ und der Begriff der „niedrigen Beweggründe“ stammen aus dieser Zeit. Der Mordparagraf passte zur Strafrechtsideologie der Nazis. Strafe – so die furchtbare Sprache jener Zeit – habe auch das Ziel, „durch Ausmerzungen ungeeigneter Elemente die rassemäßige Zusammensetzung des Volkes zu heben“. Aus diesem Grund operierte das Strafrecht nicht mit konkreten Tatbeständen, sondern mit Tätertypen. Das Strafrecht wurde zum Einfallstor der Willkür. Rechtsklarheit, die wir brauchen, war gerade nicht gewünscht. Einen besonderen Blick auf diese

rechtshistorischen Aspekte wird Herr Professor Safferling von der Universität Marburg werfen.

Nun ist es bei den Tötungsdelikten aber nicht etwa so, dass die Justiz der Bundesrepublik einfach unreflektiert NS-Recht angenommen und angewandt hätte. Außerdem hat der Gesetzgeber die Strafdrohung verändert und die lebenslange Freiheitsstrafe an die Stelle der einstigen Todesstrafe gesetzt. Trotzdem: Die Struktur der Norm und die moralisch aufgeladenen Gesinnungsmerkmale des alten Gesetzestextes zwingen die Gerichte bis heute dazu, sehr, sehr weitgehend Rechtsfortbildung zu betreiben. Diese Mängel des geltenden Rechts hat Frau Professor Anette Grünewald von der HU Berlin zum Thema ihrer Habilitationsschrift gemacht. Richtig bestimmen lässt sich der Unrechtsgehalt einer Tötung aus ihrer Sicht nur durch Kriterien, die spezifisch rechtlich und eben nicht sittlich oder sozialetisch begründet sind. Ich freue mich über Ihre Mitarbeit, Frau Professor Grünewald, und bin auf Ihre Ideen gespannt.

Das Buch von Frau Grünewald beginnt mit einem eindrucksvollen Psychogramm der Männer und Frauen, die ihre Partner töten. Das bringt uns gleich zu einem weiteren Problem des geltenden Rechts: zu den so genannten Haustyrannenfällen. Der gewalttätige Ehemann, der seine Frau jahrelang prügelt und misshandelt und sie irgendwann erschlägt, wird vermutlich nicht wegen Mordes bestraft, weil er kein Mordmerkmal verwirklicht hat. Die gepeinigte Ehefrau dagegen, die in ihrer Not keinen anderen Ausweg weiß, tötet ihren Peiniger; aber weil sie ihrem Mann körperlich unterlegen ist, kann sie die offene Konfrontation mit dem gewalttätigen Partner nicht suchen. Sie tötet ihn deshalb im Schlaf – und hat dann heimtückisch gemordet. Der Urteilsspruch lautet dann für den Mann auf Totschlag und – grundsätzlich – eine zeitige Freiheitsstrafe. Die Frau hingegen ist wegen Mordes zu verurteilen, für den das Gesetz eine lebenslängliche Freiheitsstrafe vorsieht. Das ist offensichtlich ungerecht. Heimtücke kann die Waffe des Schwachen gegen Gewalt und Brutalität sein; trotzdem hat auch dies die höchste Strafe zur Folge, die wir kennen. Die geltende Fassung des § 211 benachteiligt so die physisch Unterlegenen, und das sind oft Frauen.

Angesichts dieser Ungerechtigkeit behilft sich die Rechtsprechung mit der so genannten Rechtsfolgenlösung. Ein Landgericht etwa hat in genau einem solchen Fall die Strafe der Frau wegen „außergewöhnlicher Umstände“ gemildert. Das erscheint mehr als gerecht, aber das ist ein Milderungsgrund, der so im Gesetz für Mord nicht vorgesehen ist.

Dieses Beispiel zeigt: Reformbedürftig ist der Mordparagraf nicht allein, weil er vom Ungeist der Nazi-Ideologie geprägt ist. Dieses alte Recht produziert auch ganz handfeste Schwierigkeiten für die Justizpraxis. Deshalb ist es mir wichtig, dass auch Praktikerinnen und Praktiker in dieser Expertengruppe mitarbeiten.

Professor Dr. Alexander Ignor und Dr. Stefan König werden Ihre Erfahrungen als Rechtsanwälte und Strafverteidiger einbringen. Die Richterschaft wird von Regina Rieker-Müller und Professor Dr. Ruth Rissing-van Saan vertreten.

Die ersten allerdings, die mit Mord und Totschlag konfrontiert werden, sind nicht die Juristen, sondern die Polizisten. Deshalb war es mir wichtig, auch jemanden dabei zu haben, der die Ermittlungsarbeit vor Ort kennt. Herr Bernhard Jaß ist Leiter einer Mordkommission und nach seiner Erfahrung sind die Hauptmotive für Kapitalverbrechen dieselben wie vor hundert Jahren: Geld oder Liebe. Diese Erfahrung ist für die Arbeit der Ermittler insgesamt ein wichtiger Ansatz. Die rechtliche Einordnung einer enttäuschten Liebe ist aber viel schwieriger. Ist ein Mann, der seine Frau tötet, weil sie ihn verlässt, ein Mörder, weil er aus niedrigen Beweggründen handelt? Die Rechtsprechung differenziert hier danach, ob der Mann eher aus Verzweiflung handelt oder eher aus Wut. Nur die Wut hält sie für besonders verachtenswert, die Verzweiflung in der Regel nicht.

Das mag eine taugliche Abgrenzung sein, aber diese Unterscheidung können die Gerichte dem Gesetz so nicht entnehmen. Es ist unbefriedigend, dass gerade bei den höchsten Rechtsgütern und schwersten Strafen das geltende Recht nicht präzise ist. Problematisch ist dabei nicht so sehr die Kasuistik an sich. Problematisch ist, dass die Persönlichkeit des Täters oft schon für die Feststellung des Tatbestands den Ausschlag gibt, und zwar nach außerrechtlichen Kriterien. Eifersucht, Ehrgefühl oder Eigennutz können verständliche oder niedrigstehende Regungen sein. Die gesetzlichen Vorgaben sind hier viel zu schwammig. 65 Jahre Rechtsprechung zu den „niedrigen Beweggründen“ verdeutlichen, wie sehr es hier auch auf den Zeitgeist ankommt, und das halten wir für problematisch.

Bei den Tötungsdelikten kann sich daher die Frage stellen: Wer regelt eigentlich das Strafrecht? Rechtsprechung, Gesetzgebung oder Lehre? Dieser Frage ist auch Professor Dr. Hartmut Schneider nachgegangen. Er ist als Bundesanwalt beim BGH mit Kapitalverbrechen befasst und er hat sich auch wissenschaftlich dieser Frage gestellt. Deshalb freue ich mich, dass auch er in der Expertengruppe mitarbeitet.

Ich meine, Herr Dr. Schneider, die Frage, wer das Strafrecht regeln sollte, ist eindeutig zu beantworten: Die Gerichte müssen das Gesetz einzelfallgerecht anwenden – die Grenzen strafbaren Verhaltens hat aber der Gesetzgeber trennscharf zu bestimmen. Das ist bei den Tötungsdelikten heute nicht ausreichend der Fall. Deshalb sollte der Gesetzgeber handeln und den Konstruktionsfehler des Mordparagrafen beseitigen.

Wie das am besten geschieht, ist keine einfache Frage. Wenn es um Leben und Tod geht, dann geht es auch um die großen ethischen Fragen des menschlichen Zusammenlebens. In der neuen Kommission werden daher auch zwei Männern mitarbeiten, die sich als Rechtsethiker einen großen Namen gemacht haben: Herr Professor Dr. Merkel aus Hamburg und Herr Professor Dr. Lilie von der Universität Halle-Wittenberg. Sie werden uns außerordentlich wichtige Ratgeber sein und ich freue mich sehr auf Ihre Gedanken zu unserem Thema.

Meine Damen und Herren,

was ist die richtige Antwort des Staates auf Straftaten? Ein Patentrezept gibt es nicht. Aber die Chance auf richtige Antworten steigt, wenn man seine Entscheidungen auf solider, wissenschaftlicher Grundlage trifft. Evidenzbasierte Kriminalpolitik ist das Stichwort. Herr Professor Dölling befasst sich als Kriminologe mit der Kriminalitätsentwicklung. Er untersucht, wie unsere Justiz straft und ob das Menschen davon abhält, weitere Straftaten zu begehen. Das ist gerade bei schwersten Delikten ein wichtiger Aspekt, den wir – meine ich – schon im Interesse des Sicherheitsbedürfnisses der Bevölkerung berücksichtigen sollten.

Professor Dölling hat auch dieses Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung durchleuchtet und er weiß, dass dieses ein „Einflussfaktor auf die kriminalpolitische Planung“ ist.

Wenn wir in der politischen Verantwortung den Aspekt des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung bei der Planung neuer Gesetze berücksichtigen, dann ist dies ein weiterer Grund, diese Reform jetzt auch wirklich anzugehen. Denn die Tötungsdelikte gehen seit 20 Jahren beständig zurück. Die Polizeiliche Kriminalstatistik verzeichnete im Jahr 1995 mehr als 1200 Mordtaten, heute sind es nur noch 630; die Zahl der Morde hat sich also in den letzten Jahren nahezu halbiert. Dies zeigt: Wir können dieses Reformprojekt jetzt ganz sachlich angehen und müssen nicht damit rechnen, dass es in eine emotional geführte, sicherheitspolitische Debatte gezerrt wird.

Meine Damen und Herren,

der Ansatz von Herrn Professor Dölling, dass es auch auf das „Sicherheitsgefühl der Bevölkerung“ ankommt, macht aber deutlich: kriminalpolitische Planung muss auch vermittelt werden. Sie braucht gesellschaftliche Akzeptanz und politische Mehrheiten. Deswegen sind auch Personen gefragt, die an der Schnittstelle zwischen Justizpraxis und Politik stehen. Die Landesjustizverwaltungen sind eine solche Schnittstelle und deshalb ist es gut, dass wir auch zwei Vertreter aus den Ländern in der Expertengruppe haben. Aus dem bayerischen Justizministerium kommt Herr Reinhard und aus Schleswig-Holstein Herr Dr. Schady. In Schleswig-Holstein hat man sich ja mit der Reform der Tötungsdelikte schon befasst und ebenso wie der Deutsche Anwaltverein einen Reformvorschlag vorgelegt, und darum freue ich mich sehr, dass diese Reformmotoren ihre Kraft jetzt auch in diese Kommission einbringen.

Meine Damen und Herren,

es ist alles andere als eine neue Idee, die Regelungen zu den Tötungsdelikten zu reformieren. Die Liste der Reformvorschläge ist lang, und der Deutsche Juristentag hat sich schon 1980 für eine Gesetzesänderung ausgesprochen.

Das ist lange her, aber im Gesetz stehen noch immer die alten Worte. Frau Professor Dr. Grünwald hat deshalb neulich in einem Aufsatz von einer „vergessenen Reform“ gesprochen. Ich kann Ihnen versichern, meine Damen und Herren, ich will diese Aufgabe jetzt endlich rechtspolitisch und rechtsdogmatisch angehen und auf der Grundlage Ihrer Vorschläge eine parlamentarische Diskussion ermöglichen.

Ohne einen zu engen Zeitrahmen vorzugeben, stellen wir uns jedenfalls vor, in dieser Wahlperiode das Gesetzgebungsverfahren anzustoßen. Ziel ist es, den Gesetzentwurf rechtzeitig vor der kommenden Bundestagswahl noch 2016 in den Bundestag einzubringen. Das hier ist schließlich kein rechtswissenschaftliches Symposium. Durch die Arbeit dieser Gruppe soll eine Reform auf den Weg gebracht werden. Ich weiß, dass der Zeitplan ehrgeizig ist. Ich meine, aber wir sollten diese Reform nicht länger aufschieben. 34 Jahre sind seit dem Reformappell des Deutschen Juristentages vergangen. Die Zeit zum Handeln ist reif.

Herzlichen Dank!

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Heiko Baron'. The signature is fluid and cursive, with a horizontal line underlining the name.

II. Ausgangspunkt der Einsetzung der Expertengruppe

1. Überblick

Die Reform der §§ 211, 212 StGB und der Tötungsdelikte insgesamt ist seit langem Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion. Während zunächst das Problem der Abgrenzung von Mord und Totschlag im Mittelpunkt der Überlegungen stand – 1977 merkte das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 45, 187, 270) an, die Methode der Abgrenzung habe seit jeher große Schwierigkeiten bereitet, ohne dass bisher eine voll befriedigende Lösung gefunden worden sei –, konzentrierte sich die Kritik später zunehmend auf die lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge bei Mord.

2. Geschichtliche Entwicklung

In der ursprünglichen Fassung des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich (RStGB) vom 15. Mai 1871 (RGBl. Seite 127) lauteten die §§ 211, 212:

§ 211

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

§ 212

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Qualifizierungen des Totschlages waren für Fälle vorgesehen, in denen der Täter in der Absicht handelte, ein der Ausführung der Tat entgegentretendes Hindernis zu beseitigen beziehungsweise sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen (§ 214 RStGB), oder das Opfer ein Verwandter¹ in aufsteigender Linie war (§ 215 RStGB).

Diese selbständig normierten Qualifizierungstatbestände wurden mit dem Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941 (RGBl. I Seite 549) gestrichen

¹ Gemeint sind „leibliche (Bluts-)Verwandte“ – Erläuterung zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, *Oppenhoff*, Berlin 1874, § 215 Rn. 1.

und ihre Grundintention zumindest teilweise in die gegenwärtige Fassung der §§ 211 StGB (Mord) und 212 StGB (Totschlag) überführt:

§ 211 - Mord

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

§ 212 - Totschlag

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

Das Umfeld beider Straftatbestände wurde durch das am 1. April 1998 in Kraft getretene 6. Strafrechtsreformgesetz überarbeitet. Dadurch wurde einerseits der Strafraum des § 213 StGB (Minder schwerer Fall des Totschlags) verschärft und andererseits § 217 StGB (Kindstötung) aufgehoben.

3. Bisherige Reformbestrebungen

a. Gesetzliche Reformbestrebungen

Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 (Bundestags-Drucksache IV/650, S. 35, 270, 272) hielt in den §§ 134 und 135 an der begrifflichen Unterscheidung von Mord und Totschlag fest und regelte dabei den Mord als „Erschwerungstatbestand“ zum Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung. Außer im Falle des Vorliegens bestimmter Gesinnungsmerkmale – allerdings unter Verzicht auf eine Motivgeneralklausel – sollte die Mordqualifikation auch durch ein Handeln mit Überlegung (§ 135 Absatz 2 StGB-E 1962) begründet werden können. Dies hätte insoweit eine Rückkehr zu der viel kritisierten ursprünglichen Fassung des RStGB bedeutet. § 135 StGB-E 1962 hielt daran fest, den Mord weiterhin zwingend mit lebenslangem Zuchthaus zu bestrafen, erlaubte aber für die Tötung mit Überlegung einen Rückgriff auf den Strafraum des § 134 Absatz 3 StGB-E 1962 (Freiheitsstrafe nicht unter einem

Jahr), sofern dessen Voraussetzung (Handeln aus Mitleid, Verzweiflung oder ähnlichen schuld mindernden Beweggründen) erfüllt waren.

Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1970 gab die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag auf und sah die Schaffung eines einheitlichen Grundtatbestandes der „vorsätzlichen Tötung“ vor (§ 100 Absatz 1 StGB-E 1970). Eine fakultative Strafschärfung (lebenslange Freiheitsstrafe) konnte in Fällen besonderer Verwerflichkeit der Tat erfolgen (§ 100 Absatz 2 StGB-E 1970). Daneben sah der Entwurf eine obligatorische Strafmilderung in Fällen erheblicher Minderung der Schuld sowie der Kindestötung vor (§ 100 Absatz 3 AE).

b. Richterliche Reformbestrebungen

Die Diskussion flammte durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juni 1977 (BVerfGE 45, 187) abermals auf. In dieser Entscheidung erklärte das Bundesverfassungsgericht die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord für grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar. Es wies aber auf die Möglichkeit einer engeren Auslegung des § 211 StGB, und zwar namentlich einer einschränkenden Auslegung der Mordmerkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht, hin, damit in Grenzfällen keine unverhältnismäßig hohe Strafe verhängt werden müsse (BVerfGE 45, 187, 267).

Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 1981 (BGHSt 30, 105) folgte auf die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Der 4. Senat des BGH hatte dem Großen Senat einen Fall der heimtückischen Tötung mit der Frage vorgelegt, ob im Hinblick auf die oben genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Merkmal der Heimtücke entgegen den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen in BGHSt 9, 385 und BGHSt 11, 139 zu verneinen sei, wenn der Täter zur Tat dadurch veranlasst worden sei, dass das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, misshandelt und mit dem Tod bedroht habe, und die Tatausführung über die bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) sei. Damit stand der Große Senat vor der Entscheidung, auf eines der herkömmlichen Lösungsmodelle – „gesamtwürdigende Typenkorrektur“ oder „allgemeine Verwerflichkeitskontrolle“ (BGHSt 30, 105 (114 ff.)) – zurückzugreifen oder das Junktim von Tatbestand und absolut angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe zu durchbrechen. Er wählte in der Entscheidung letzteren Weg, verwarf die tatbestandlichen Lösungsansätze, insbesondere eine einschränkende Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke, und konkretisierte den vom Bundesverfassungsgericht betonten Verhältnismä-

ßigkeitsgrundsatz durch eine Ergänzung der Rechtsfolgenseite des § 211 StGB. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen. Es ist jedoch der Strafraumen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden.“

Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof unter anderem aus: In Fällen, in denen auf Grund besonderer gesetzlicher Milderungsgründe Strafmilderung vorgeschrieben oder zugelassen sei, trete an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis zu fünfzehn Jahren (§ 49 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 38 Absatz 2 StGB). Vom Gesetz nicht in die Regelung des § 49 Absatz 1 Nummer 1 StGB einbezogenen außergewöhnlichen Umständen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheine, könne keine geringere Wirkung als den gesetzlichen Milderungsgründen beigemessen werden, die sich (wie etwa in Fällen der §§ 13 Absatz 2, § 17 Satz 2, 21 StGB) aus der Berücksichtigung bestimmter schuld mindernder Umstände ergäben. Sie führten infolgedessen ebenfalls zur zwingenden Anwendung des Strafraumens des § 49 Absatz 1 Nummer 1 StGB, weil das verfassungsrechtliche Übermaßverbot keine Ausnahmen kenne. Dieser Strafraumen gestatte es, dem Bewertungsgegensatz, der sich daraus ergebe, dass einerseits das Mordmerkmal der Heimtücke vorliege, andererseits schuld mindernde Umstände von Gewicht gegeben seien, in jeder Ausprägung, die er im Einzelfall erfahre, Rechnung zu tragen (BGHSt 30, 105, 120f.).

Diese vom Bundesgerichtshof selbst als „richterliche Rechtsschöpfung“ (BGHSt 30, 105, 121) bezeichnete „Rechtsfolgenlösung“ ist teils auf Zustimmung, überwiegend aber auf Kritik gestoßen, und zwar namentlich unter den Gesichtspunkten, ob die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten wären und sich die Rechtsfolgenlösung auf das Mordmerkmal der Heimtücke beschränken lasse.

c. Sonstige Reformbestrebungen

Die Gesamtproblematik war auch Gegenstand der Verhandlungen der strafrechtlichen Abteilung des 53. Deutschen Juristentages 1980 („Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung ... neu abzugrenzen?“). Der Juristentag stellte nahezu einhellig fest, dass die geltenden Straftatbestände sowohl hinsichtlich der tatbestandlichen Ausgestaltung als auch hinsichtlich der Sanktionierung reformbedürftig seien,

und empfahl mit großer Mehrheit eine grundlegende Reform, insbesondere eine Neuabgrenzung der Tatbestände.

Zusätzliche Reformimpulse gaben in den letzten Jahren die Reformvorschläge des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Alternativ-Entwurf Leben), des Deutschen Anwaltvereins sowie eine Bundesratsinitiative des Landes Schleswig-Holstein. Sowohl der Alternativ-Entwurf Leben als auch der Reformvorschlag des Deutschen Anwaltvereins sprechen sich für tiefgreifende Änderungen der §§ 211 ff. StGB aus, während sich die Gesetzesinitiative des Landes Schleswig-Holstein – wenn auch nur in einem ersten Schritt – auf eine sprachliche Bereinigung dieser Vorschriften beschränkte.

4. Bestehende Reformbedürftigkeit

Als reformbedürftig gelten in der rechtspolitischen Diskussion insbesondere folgende Aspekte des geltenden Rechts, mit denen sich auch die Expertengruppe schwerpunktmäßig beschäftigte:

a. Systematisches Verhältnis zwischen § 211 und § 212 StGB

Das systematische Verhältnis der §§ 211, 212 StGB zueinander ist umstritten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei Mord und Totschlag um zwei selbstständige Tatbestände mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt (BGHSt 1, 368, 370 f.; 22, 375, 377; 36, 231, 233; Urteil vom 26. Januar 2000, 3 StR 410/99). Die herrschende Lehre sieht dagegen den Mord als eine unselbstständige Qualifizierung des Totschlags an. Für den Teilnehmer einer Tat ergeben sich unterschiedliche Folgen abhängig davon, ob die Mordmerkmale die Strafbarkeit begründen oder ‚lediglich‘ die Strafe schärfen.

b. Terminologie

Die Formulierungen „Totschläger“ und „Mörder“ gehen auf die Lehre vom normativen Tätertyp zurück und gelten mittlerweile als überholt. Die aktuelle Fassung der §§ 211, 212 Absatz 1 StGB erweist sich – nicht zuletzt vor diesem Hintergrund – als für das Strafgesetzbuch atypisch.

c. Lebenslange Freiheitsstrafe

Insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Großer Senat für Strafsachen) zur Strafmilderung in Fällen heimtückischer Tötung zwingt zu Überlegungen hinsichtlich solcher Fälle, in denen „außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täter-

schuld erheblich mindern“ und deshalb die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen (BGHSt 30, 105, 121). Die Entscheidung betrifft zwar nur das Mordmerkmal der Heimtücke, lässt jedoch offen, ob derartige Umstände auch bei anderen Begehungsformen des Mordes eine Strafmilderung begründen können. Nach Auffassung von Jähnke (Festschrift für Günter Spindel, 1992, Seite 537, 545) lässt sich die Rechtsfolgenlösung des Bundesgerichtshofs nicht auf das Mordmerkmal der Heimtücke beschränken; er weist auf die Erwägung des Bundesgerichtshofs in BGHSt 35, 116, 127f. hin, die Rechtsfolgenlösung auch in Ausnahmefällen eines Verdeckungsmordes heranzuziehen.

Als Vorgabe, in welchen Konstellationen „außergewöhnliche Umstände“ zu erblicken seien, nennt der Bundesgerichtshof (BGHSt 30, 105, 119) Taten, die durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motiviert sind, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus „gerechtem Zorn“ auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten, schließlich Taten, die auf einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürenden Konflikt oder auf schweren, den Täter immer wieder heftig bewegenden Kränkungen durch das Opfer beruhen.

III. Zusammensetzung und Arbeitsweise

Vor dem Hintergrund dieser Herausforderungen wurde im Mai 2014 durch Herrn Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas die Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte eingesetzt.

Sie hatte den Auftrag, begründete Empfehlungen für eine möglichst noch in dieser Legislaturperiode zu realisierende Reform der Tötungsdelikte abzugeben. Dabei sollte zunächst der bestehende Reformbedarf anhand der bisherigen rechtspolitischen Diskussion herausgearbeitet und in einem zweiten Schritt Lösungsmöglichkeiten hierzu aufgezeigt werden. Im Ergebnis sollte der Bericht der Expertengruppe eine umfassende Grundlage für die nachfolgende rechtspolitische Diskussion und Entscheidung darstellen; die Ausarbeitung eines einstimmig oder zumindest von einer Mehrheit getragenen Formulierungsvorschlages gehörte deshalb nicht zum Auftrag der Experten. Im Hinblick darauf wurde bei der Auswahl der Experten das Augenmerk nicht nur auf eine multidisziplinäre Zusammensetzung gelegt, sondern auch darauf, die unterschiedlichen Meinungen, die sich in der vorangegangenen Diskussion in Wissenschaft und Praxis herausgebildet hatten, zu Wort kommen zu lassen.

1. Zusammensetzung

Der Expertengruppe gehörten somit Vertreter der Wissenschaft, der Justiz, der Rechtsanwaltschaft, der strafrechtlichen Praxis sowie der Landesjustizverwaltungen an.

Dabei handelt es sich um folgende Personen:

- Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger *Deckers*
- Herr Prof. Dr. Dieter *Dölling*, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
- Frau Prof. Dr. Anette *Grünwald*, Humboldt-Universität zu Berlin
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander *Ignor*
- Herr Erster Kriminalhauptkommissar Bernhard *Jaß*
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan *König*
- Herr Prof. Dr. Hans-Ludwig *Kröber*, Direktor des Instituts für Forensische Psychiatrie der Charité - Universitätsmedizin Berlin
- Herr Prof. Dr. Hans *Lilie*, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
- Herr Prof. Dr. Reinhard *Merkel*, Universität Hamburg
- Herr Ministerialrat Martin *Reinhard*, Bayerisches Staatsministerium der Justiz

- Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Regina *Rieker-Müller*
- Frau Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof a. D. Prof. Dr. *Ruth Rissing-van Saan*
- Herr Prof. Dr. Christoph *Safferling*, LL.M. (LSE), Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
- Herr Richter am Amtsgericht Dr. Jan *Schady*, Ministerium für Justiz, Europa und Kultur des Landes Schleswig-Holstein
- Herr Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof Prof. Dr. Hartmut *Schneider*

Fachlich betreut wurden die Beratungen der Expertengruppe durch das Referat II A 2 (Strafgesetzbuch Besonderer Teil) im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz:

- Frau Ministerialrätin Perdita Kröger
- Herr Staatsanwalt Silvio Meile
- Frau Staatsanwältin Isabel Mielenz
- Herr Oberamtsrat Jörg-Christian Wachsmann
- Herr Amtsrat Danny Polk
- Herr Thomas Doroszewski
- Herr Jan Kupferschmidt

Die Sitzungsleitung oblag Herrn Ministerialdirigenten Dr. Bernhard Böhm, dem Leiter der Unterabteilung II A, sowie Frau Ministerialrätin Perdita Kröger, Leiterin des Referats II A 2.

Als Gäste haben an einzelnen Sitzungen teilgenommen:

- Herr Prof. Dr. Jörg *Kinzig*, Eberhard Karls Universität Tübingen (7. Januar 2015)
- Herr Privatdozent Dr. Hans-Georg *Koch*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (18. März 2015).
- Frau Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Ramona *Pisal*, Präsidentin des Deutschen Juristinnenbundes (2. Juli 2014)
- Herr Prof. Dr. Markus *Rothschild*, Direktor des Instituts für Rechtsmedizin der Universität zu Köln (18. März 2015)

2. Arbeitsweise

Die Expertengruppe hat insgesamt zehn Sitzungen durchgeführt, nämlich am 20. Mai, 2. Juli, 20. August, 8. Oktober und 26. November 2014 sowie am 7. Januar, 18./19. Februar, 18./19. März, 22./23. April und 29. Juni 2015. Der vorliegende Bericht fasst die Ergebnisse der Beratungen der Expertengruppe zusammen.

Die Diskussionen in der Expertengruppe erfolgten auf Grundlage von Referaten der Mitglieder, zum Teil auch aufgrund von Gastvorträgen. Da teilweise Konzepte zur Gesamtreform der Tötungsdelikte vorgestellt wurden, die den Einzelthemen unter Kapitel IV nicht zugeordnet werden können, sondern mehrere Einzelthemen berühren, werden die schriftlichen Ausführungen gesondert in Kapitel XI wiedergegeben. Um einen schnellen Zugang zu den Referaten zu gewährleisten, wurde deren Inhalt unter Kapitel V zusammengefasst.

Der Verlauf der Beratungen ist in Protokollen der einzelnen Sitzungen festgehalten (Kapitel VII). Die wesentlichen Argumente sowie die Empfehlungen der Expertengruppe finden sich in Kapitel IV.

Wie bereits eingangs des Kapitels bemerkt, vertreten die Mitglieder der Expertengruppe unterschiedliche Auffassungen sowohl zum Umfang des Reformbedarfs als auch zu den Wegen, wie diesem Reformbedarf Rechnung getragen werden kann. Zudem sind die von der Expertengruppe behandelten einzelnen Themen nicht voneinander unabhängig, sondern bauen aufeinander auf. Daraus resultiert eine Besonderheit bei der Beschlussfassung. So setzt zum Beispiel die Frage, welche Abgrenzungskriterien es zwischen dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 212 StGB – Totschlag) und dem Fall der durch eine Steigerung des Handlungsunrechts auf objektiver oder subjektiver Ebene gekennzeichneten vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 211 StGB – Mord) geben soll, voraus, dass eine solche Abgrenzung überhaupt erforderlich oder zumindest für sinnvoll erachtet wird, was von einigen Mitgliedern bestritten wird. Ungeachtet dessen beteiligten sie sich an allen Abstimmungen, so dass die Frage im obigen Beispiel korrekt lauten müsste: „Vorausgesetzt es bedarf einer tatbestandlichen Abgrenzung zwischen „Mord“ und „Totschlag“, welche Kriterien soll es dafür geben?“ Diese Voraussetzung wurde aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung nicht bei jedem Beschluss gesondert wiederholt.

IV. Beratungen und Beratungsergebnisse

Zusammenfassung

Die Experten haben anhand von einführenden Referaten einzelner Mitglieder über die mit einer Reform der Tötungsdelikte zusammenhängenden Fragen beraten. Beratungsgegenstände waren unter anderem:

1. die Grundkonzeption der Neufassung der Tötungsdelikte, insbesondere die Frage, ob dem geltenden Recht gefolgt werden soll, das neben dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung eines Menschen auch noch eine gesetzliche Regelung für vorsätzliche höchststrafwürdige Tötungen vorsieht;
2. das systematische Verhältnis zwischen dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung und dem Fall der höchststrafwürdigen Tötung;
3. die Terminologie des geltenden Rechts („Mörder“ bzw. „Totschläger“);
4. die Mordmerkmale des geltenden Rechts im Einzelnen sowie die Frage, ob sich die Einführung weiterer Mordmerkmale empfiehlt. Besondere Aufmerksamkeit wurde folgenden Mordmerkmalen gewidmet:
 - a. der Motivgeneralklausel
 - b. der Heimtücke,
 - c. der Grausamkeit sowie
 - d. der Verdeckungsabsicht;
5. die Frage der Beibehaltung oder Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktion für vorsätzliche Tötungen bzw. für höchststrafwürdige Tötungen;
6. der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus (lebenslange Freiheitsstrafe als notwendige und ausschließliche Konsequenz der Verwirklichung eines Mordmerkmals) des geltenden Rechts: Neben der Frage, ob die Auflösung der zwingenden Verbindung zwischen der Verwirklichung eines Mordmerkmals und der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe rechtspolitisch geboten ist, wurde auch die Frage erörtert, auf welchem Weg eine Auflösung gegebenenfalls rechtstechnisch erreicht werden könnte. Näher behandelt wurden folgende Möglichkeiten:
 - a. fakultative Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe,
 - b. Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle

- c. Ermöglichung der Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe für Fälle erheblich herabgesetzten Unrechts beziehungsweise erheblich herabgesetzter Schuld;
- 7. die Frage der Beibehaltung einer dem geltenden § 213 StGB (minder schwerer Fall des Totschlags) entsprechenden Regelung, wobei auch mögliche gesetzliche Änderungen diskutiert wurden;
- 8. die Problematik der Schuldschwereklausel in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB
- 9. mögliche prozessuale Folgeänderungen für Schurgerichtssachen:
 - a. gesetzliche Verpflichtung zur audio-visuellen Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung,
 - b. gesetzliche Normierung einer stärkeren Partizipation des Verteidigers, etwa Bestellung als notwendiger Verteidiger vor der ersten Beschuldigtenvernehmung,
 - c. Zerteilung der Verhandlung in Schwurgerichtssachen mittels eines Tatinterlokuts.

Ungeachtet der unterschiedlichen Auffassungen der Experten zum Umfang des Reformbedarfs (die unter anderem aus den in Kapitel VI. wiedergegebenen Gesamtkonzeptionen mit Formulierungsvorschlägen ersichtlich sind) bestand in der Expertengruppe hinsichtlich einiger Grundentscheidungen für die zukünftige gesetzgeberische Arbeit ein weitgehender Konsens, zum Teil sogar eine einhellige Auffassung.

Einigkeit herrschte darüber, dass der Gesetzgeber bei der Reform der Tötungsdelikte die auf eine Tätertypologie hinweisende Terminologie des geltenden Rechts („Mörder“ und „Totschläger“) durch eine an die Tathandlung anknüpfende sprachliche Fassung ersetzen solle. Mit großer Mehrheit sprach sich die Expertengruppe auch für die grundsätzliche Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus, wenngleich dies zum Teil (lediglich) mit Skepsis gegenüber der rechtspolitischen Akzeptanz einer Abschaffung begründet wurde (vgl. aber den Regelungsvorschlag von *Ignor*, der für den Qualifikationstatbestand des Mordes von der lebenslangen Freiheitsstrafe abrückt und eine Freiheitsstrafe von zehn bis zu 30 Jahren vorsieht). Gleichzeitig votierten die Experten mit großer Mehrheit für die Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses des geltenden Rechts. Bei grundsätzlicher Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktion solle der Rechtsanwender die Möglichkeit erhalten, hiervon im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit abzuweichen.

Keine Einigkeit bestand hinsichtlich des Ausmaßes des Reformbedarfs, und zwar sowohl in konzeptioneller als auch in inhaltlicher Sicht. Eine Mehrheit der Expertengruppe befürwortete lediglich einzelne Änderungen des geltenden Rechts, um dem relativ einhellig als solchem wahrgenommenen Reformbedarf Rechnung zu tragen. Sie befürwortete eine nachfolgend als Qualifizierungsmodell bezeichnete, konzeptionell am geltenden Recht orientierte Grundkonzeption der Tötungsdelikte. Danach solle neben dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung der Fall der vorsätzlichen höchststrafwürdigen Tötung gesetzlich geregelt werden. Der Grundfall und die höchststrafwürdige Tötung sind nach Auffassung der Mehrheit der Experten durch zwei im Stufenverhältnis zueinander und nicht selbständig nebeneinander stehende Normen auszugestalten. Die Mehrheit der Experten vertrat auch der Auffassung, dass neben den Grundfall der vorsätzlichen Tötung ein Tatbestand mit qualifizierenden Mordmerkmalen und nicht eine Strafzumessungsregelung mit Regelbeispielen für besonders schwere Fälle der vorsätzlichen Tötung treten solle (vgl. dazu die Regelungsvorschläge von *Dölling* und *Schneider*). Diejenigen Experten (vgl. den Regelungsvorschlag von *Rissing-van Saan*), die stattdessen abweichend vom geltenden Recht die Einführung einer Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle empfahlen, begründeten dies insbesondere damit, auf diesem Weg die zwingende Verknüpfung zwischen der Verwirklichung eines Mordmerkmals und der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe systematisch stimmig auflösen zu können. Die Befürworter des Qualifizierungsmodells wiesen darauf hin, dass sich dieses Problem bei dem von ihnen befürworteten Grundkonzept auf der Rechtsfolgenseite lösen lasse, und zwar entweder ähnlich weitreichend wie bei den Regelungsvorschlägen von *Rissing-van Saan* und *Deckers/Grünewald/König/Safferling* (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen) durch die Normierung eines minderschweren Falles oder enger im Wege der Privilegierung bei erheblich eingeschränktem Unrecht beziehungsweise erheblich eingeschränkter Schuld.

Einige Experten, die sich zum Schluss der Beratungen zu einem gemeinsamen Vorschlag zusammenfanden (vgl. den Vorschlag von *Deckers/Grünewald/König/Safferling*), vertraten demgegenüber die Auffassung, die anstehende Reform der Tötungsdelikte solle zu grundlegenden konzeptionellen Änderungen genutzt werden, um der Bedeutung des Rechtsgutes Leben besser als bisher gerecht werden zu können. Der von ihnen vorgelegte Reformvorschlag (Privilegierungsmodell) ermögliche, eine lebenslange Freiheitsstrafe bereits dann zu verhängen, wenn eine vorsätzliche Tötung vorliege und täterbegünstigende Aspekte nicht vorhanden seien. Damit gewährleiste dieser Regelungsvorschlag besser als das geltende

Recht den gleichen strafrechtlichen Schutz für alle Personengruppen. Dieses Ziel werde etwa im Falle der Beibehaltung des Mordmerkmals der Heimtücke nicht erreicht, da hiervon bestimmte Opfergruppen, zum Beispiel Kleinstkinder oder Bewusstlose, nicht umfasst seien. Durch die Eröffnung eines Strafrahmens sei die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe bei einer vorsätzlichen Tötung aber nicht zwingend. So trage auch dieser Regelungsvorschlag der ganz überwiegend anerkannten Notwendigkeit Rechnung, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus aufzulösen.

Breiten Raum nahmen in den Beratungen der Expertengruppe auch die Umstände ein, durch die sich höchststrafwürdige vorsätzliche Tötungen vom Grundfall der vorsätzlichen Tötung zukünftig unterscheiden sollen. Die Experten waren mehrheitlich der Auffassung, dass sich diese Umstände zwar auf Leitprinzipien zurückführen, aber nicht auf ein Leitprinzip verengen lassen. Tragende Leitprinzipien, an denen sich etwaige Mordmerkmale messen lassen müssten, sind nach Auffassung der Expertengruppe die Gefährlichkeit und die Verwerflichkeit der Tat sowie der Gedanke des kumulierten Unrechts. Bei den diesbezüglichen Erörterungen bildeten die Mordmerkmale der Verdeckungsabsicht, der Grausamkeit, der Motivgeneralklausel und der Heimtücke den Schwerpunkt. Daneben wurde auch die Frage behandelt, ob die Einführung weiterer Mordmerkmale erforderlich sei. Im Ergebnis sprach sich eine Mehrheit der Expertengruppe dafür aus, dass – unter Beibehaltung der Grundkonzeption des geltenden Rechts mit seiner Differenzierung zwischen „Mord“ und „Totschlag“ – an den Mordmerkmalen des geltenden Rechts mit einigen Änderungen festzuhalten sei.

So sprach sich eine Mehrheit der Experten für eine Beibehaltung der Motivgeneralklausel aus, aber auch für eine moderate Ergänzung der Mordmerkmale der ersten Gruppe durch weitere normierte niedrige Beweggründe. Genannt wurden insbesondere folgende Beweggründe für eine vorsätzliche Tötung:

- wegen der Abstammung,
- wegen der ethnischen oder sonstigen Herkunft,
- wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung sowie
- aus rassistischen Beweggründen.

Die Expertengruppe sprach sich im Ergebnis mit großer Mehrheit für die Beibehaltung des modifizierten Mordmerkmals der Grausamkeit aus. Insbesondere wurden folgende Formulie-

rungen als geeignet erwogen, wobei keiner der Vorschläge eine breite Mehrheit erreichen konnte:

- „unter Zufügung erheblicher körperlicher und seelischer Qualen“,
- „qualvoll“ sowie
- „in qualvoller Weise“.

Die Expertengruppe war sich mit großer Mehrheit einig, dass das Mordmerkmal der Heimtücke zwar in seinem Kernbereich beizubehalten, aber in seiner konkreten Ausformulierung dringend reformbedürftig sei. Unter den verschiedenen Formulierungsvorschlägen, die die Expertengruppe diskutierte, fand nur die Passage „mittels eines hinterlistigen Angriffs“ – bei einer Vielzahl von Enthaltungen – eine Mehrheit. Bei wenigen Enthaltungen konnten zwei Varianten, die jeweils eine konkrete Erweiterung auf die Ausnutzung einer bestehenden Schutzlosigkeit vorsahen, eine knappe Mehrheit auf sich vereinen. Die grundsätzliche Zielrichtung einer zukünftigen Reform dieses Mordmerkmals war indessen aus Sicht der Experten eindeutig. Das Mordmerkmal der Heimtücke entspringe zwar einem rechtspolitischen Bedürfnis, sei aber einerseits zu weit (vgl. etwa die so genannten „Haustyrannenfälle“), andererseits zu eng, als es bestimmte Personengruppen, etwa Kleinstkinder oder bewusste Personen nicht erfasse. Hier tendierte die Expertengruppe dazu, das Mordmerkmal um die Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit zu ergänzen.

Bei den Diskussionen um die Regelung des § 213 StGB (Minder schwerer Fall des Totschlags) sprach sich die Mehrheit der Experten für die grundsätzliche Beibehaltung einer dieser Vorschrift entsprechenden Regelung mit der Maßgabe aus, dass die Umstände, die einen minder schweren Fall des Grundtatbestandes der vorsätzlichen Tötung begründen können, abschließend und unter Ausschluss eines unbenannten minder schweren Falles im Gesetz aufgeführt werden sollen. Derartige Umstände sah die Mehrheit der Expertengruppe in der Reizung zum Zorn und in der Verzweiflung. Die Experten votierten außerdem mehrheitlich dafür, die Mindeststrafe auf zwei Jahre Freiheitsstrafe anzuheben.

Gegenstand der Diskussion im Hinblick auf die Rechtsfolgenseite war neben der Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für höchstrafwürdige Tötungen beibehalten werden solle, auch die Problematik der „Schuldschwereklausele“ in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB. Die Experten sprachen sich mit – wenn auch knapper – Mehrheit für eine Bei-

behaltung der §§ 57a, 57b StGB aus, gaben aber zu bedenken, dass die Faktoren, die die besondere Schwere der Schuld begründen können, als exemplarische (und nicht abschließende) Aufzählung in § 57a StGB aufgenommen werden sollten. Sie äußerten mehrheitlich die Auffassung, dass die Dauer der aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu vollstreckenden Freiheitsstrafe durch das Vollstreckungsgericht zu einem früheren als dem in § 454 Absatz 1 Satz 4 Nummer 2b StPO genannten Zeitpunkt – zum Beispiel fünf Jahre nach Beginn der Inhaftierung – festgelegt werden solle.

Die Experten diskutierten auch die Frage der Notwendigkeit prozessualer Folgeregelungen. Sie lehnten mehrheitlich die vom Deutschen Anwaltverein vorgeschlagene Zweiteilung von Schwurgerichtsverhandlungen mittels eines Tatinterlokuts ab, befürworteten aber mit Mehrheit folgende prozessuale Regelungen:

- für Ermittlungsverfahren, die einen zum Katalog der Schwurgerichtssachen gehörenden Tatvorwurf zum Gegenstand haben, solle eine Pflicht zur audio-visuellen Dokumentation in die StPO aufgenommen werden;
- für diese Ermittlungsverfahren sei auch eine stärkere Partizipation des Verteidigers, nämlich die Bestellung als notwendiger Verteidiger vor der ersten Beschuldigtenvernehmung sowie dessen Anwesenheitsrecht bei der Beschuldigten- und Zeugenvernehmung in die StPO aufzunehmen.

Die Experten regten außerdem zur Aufhellung des Dunkelfeldes bei Tötungsdelikten an, die Anordnungspraxis von Obduktionen durch die Aufnahme eines Indikationskatalogs in die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren zu vereinheitlichen.

Die wesentlichen Ergebnisse der Beratungen der Expertengruppe lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

1. Die rechtspolitische Entscheidung, ob bei der anstehenden Reform der Tötungsdelikte eine (bezogen auf die Grundkonzeption) „kleine“ oder „große“ Lösung gewählt wird, ist nach Auffassung der Expertengruppe von der Beantwortung der Vorfrage abhängig,
 - a. ob die Grundkonzeption der Tötungsdelikte mit ihrer Differenzierung zwischen Mord und Totschlag, die der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen vor-

sätzlicher Tötungen geschuldet ist, dem Rechtsgut Leben die ihm gebührende Bedeutung zumesse, oder

- b. ob dies besser mit dem als Privilegierungsmodell bezeichneten Reformvorschlag von *Deckers/Grünewald/König/Safferling* gewährleistet werde, das auf eine entsprechende Differenzierung verzichtet und die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe bereits ermöglicht, wenn eine vorsätzliche Tötung vorliegt und täterbegünstigende Aspekte nicht vorhanden sind.
2. Grundsätzlich wurde die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe befürwortet. Mit großer Mehrheit sah die Expertengruppe indessen Reformbedarf im Hinblick auf die Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismusses.
3. Weiteren Reformbedarf erkannte die Expertengruppe einhellig hinsichtlich der auf einen Tätertyp zielenden Terminologie sowie mehrheitlich bei einzelnen Mordmerkmalen, insbesondere wurde das Mordmerkmal der Heimtücke einerseits als zu eng, andererseits als zu weit empfunden.
4. Dem von der Expertengruppe mehrheitlich erkannten Reformbedarf kann sowohl mit einer „kleinen“ als auch mit einer „großen“ konzeptionellen Lösung Rechnung getragen werden.
5. Zur rechtspolitischen Frage, wie weitgehend der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus inhaltlich aufgelöst werden soll, vertraten die Experten unterschiedliche Meinungen. Neben der Beibehaltung der Rechtsfolgenlösung des Bundesgerichtshofs und der ihr nahekommenden, von der Mehrheit getragenen Auffassung, wonach für den Fall erheblich herabgesetzten Unrechts oder erheblich herabgesetzter Schuld eine zeitige Freiheitsstrafe angedroht werden sollte, wurden auch weitergehende Auffassungen vertreten (Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle, fakultative Androhung zeitiger neben lebenslanger Freiheitsstrafe, Ersetzung der Mordmerkmale durch Regelbeispiele für besonders schwere Fälle).

6. Mehrheitlich votierten die Experten für die Beibehaltung der Schuldschwereklausel in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB und schlugen nur wenige – zum Teil verfahrensmäßige – Änderungen vor.
7. Mehrheitlich hielten die Experten die grundsätzliche Beibehaltung einer dem § 213 StGB entsprechenden Regelung für minder schwere Fälle des Grundtatbestandes der vorsätzlichen Tötung für erforderlich, sprachen sich aber für die Heraufsetzung der Mindeststrafe auf zwei Jahre Freiheitsstrafe aus.
8. Die Experten befürworteten mehrheitlich Folgeänderungen für Schwurgerichtssachen, nämlich eine Pflicht zur audio-visuellen Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung und eine stärkere Partizipation des Verteidigers. Von einer – wenn auch knappen – Mehrheit der Experten wurde hingegen der Vorschlag abgelehnt, in Schwurgerichtsverhandlungen eine Zweiteilung mittels eines Tatinterlokuts vorzunehmen.

Die Beratungen und Beratungsergebnisse sind nachfolgend wiedergegeben. Dabei orientiert sich die Darstellung der jeweiligen Abstimmung an der Dokumentation des Deutschen Juristentages. Die Entscheidungen sind als Thesen mit folgendem Abstimmungsschema wiedergegeben:

„Votum“ - Zustimmung (Ja-Stimmen) : Ablehnung (Nein-Stimmen) : Enthaltungen

Die unterschiedliche Anzahl an Gesamtstimmen ergibt sich aus dem Umstand, dass nicht alle Mitglieder der Expertengruppe an jedem Beschluss mitgewirkt haben.

1. Grundmodelle

Die Expertengruppe diskutierte die Frage nach der Grundkonzeption einer Neuregelung der Tötungsdelikte. Hierbei standen sich zwei Modelle gegenüber; das so genannte Tatbestandskonzept von *Deckers/Grünewald/König/Safferling* und Konzepte, die an der Differenzierung des geltenden Rechts zwischen dem Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 212 StGB – Totschlag) und dem der höchststrafwürdigen Tötung (im geltenden Recht § 211 StGB – Mord) festhalten wollen. Innerhalb der letzteren Konzepte ist zu differenzieren zwischen dem Mordmerkmalskonzept, das die Mordmerkmale als Qualifikationen ausgestaltet, und dem Regelbeispielskonzept. Zu dem Mordmerkmalskonzept zählen die Regelungsvorschläge von *Dölling* und *Schneider*. Der Regelungsvorschlag von *Rissing-van Saan* enthält ein Regelbeispielskonzept. Der Regelungsvorschlag von *Ignor* verbindet beide Modelle, indem der Qualifikationstatbestand des Mordes in besonders schweren Fällen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden soll.

1-1. Tatbestandskonzept (Privilegierung)

Das Konzept zeichnet sich durch eine grundlegende Umgestaltung der aktuellen Rechtslage aus, indem von einem nicht steigerbaren Grundtatbestand der Tötung ausgegangen wird, der lediglich eine Öffnung „nach unten“ vorsieht. Dadurch, dass nach diesem Konzept die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe bereits dann möglich ist, wenn eine vorsätzliche Tötung vorliegt und täterbegünstigende Aspekte nicht vorhanden sind, ohne dass zusätzliche qualifizierende Merkmale gegeben sein müssen, soll das Rechtsgut Leben eine Aufwertung erfahren.

Hiergegen wurde vorgebracht, dass dieses Konzept der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen vorsätzlicher Tötungen und dem Erfordernis höchstmöglicher Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit nicht gerecht werde. Dass bereits die bloße Umbenennung aller nichtprivilegierter vorsätzlicher Tötungen als schwerstmögliche Tötungsform zu mehr Lebensschutz führe, sei zweifelhaft und berücksichtige nicht hinreichend, dass eine solche Regelung mit dem historisch gewachsenen Verständnis der Bevölkerung breche und zu Irritationen führen könne. Zudem sei die hinter dem Privilegierungskonzept stehende Negierung der Unrechts- und damit auch Schuldsteigerung von bestimmten Beweggründen und Absichten des Täters abzulehnen.

Beschluss 1-1 Tatbestandskonzept (Privilegierung)

Das aktuelle Modell ist durch ein Privilegierungsmodell mit der vorsätzlichen Tötung als Grundtatbestand und einem Privilegierungstatbestand/minder schweren Fall zu ersetzen.

Abgelehnt 4:10:0

1-2. Mordmerkmals- bzw. Regelbeispielskonzept

Beide nachfolgenden Grundmodelle zeichnen sich durch eine Abstufung „nach oben“ aus. Sie unterscheiden sich damit vom Privilegierungsmodell unter Beschluss 1-1. Dabei bleibt eine kumulativ gegebenenfalls vorzusehende Abstufung „nach unten“ außer.

1-2a. Mordmerkmalskonzept (Qualifizierung)

Das Mordmerkmalskonzept zeichnet sich durch Grundtatbestand und Qualifizierung aus und lehnt sich damit an die aktuelle Rechtslage an. Zugleich wird das Verhältnis beider Tatbestände als Grundtatbestand und Qualifizierung klargestellt. Dem bestehenden Reformbedarf könne nach Ansicht der Befürworter dieses Konzepts durch moderate Änderungen des geltenden Rechts Rechnung getragen werden; weitergehender und grundlegenderer Änderungen bedürfe es hingegen nicht.

Beschluss 1-2a Mordmerkmalskonzept (Qualifizierung)

Das aktuelle Modell ist durch ein Qualifizierungsmodell mit der vorsätzlichen Tötung als Grundtatbestand und einem Tatbestand mit qualifizierenden Mordmerkmalen zu ersetzen.

Angenommen 8:6:0

1-2b. Regelbeispielskonzept

Das Regelbeispielskonzept unterscheidet sich von dem Mordmerkmalskonzept dadurch, dass die Differenzierung zwischen dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung und dem Fall der höchststrafwürdigen Tötung nicht anhand von zwingenden Mordmerkmalen, sondern anhand von zwar indiziellen, aber nicht zwingenden Regelbeispielen vorgenommen wird. Damit soll – da Regelbeispielen eine gewisse Unbestimmtheit inhärent sei – der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des geltenden Rechts aufgelöst werden. Trotz der relativen Unbestimmtheit von Regelbeispielen seien sie für die Rechtsanwendung der Gerichte nicht problematisch. Dies ergebe sich bereits aus der bloßen Existenz etlicher Regelbeispielskataloge im Strafgesetzbuch, gegen die das Bundesverfassungsgericht auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben habe. Zudem sei die Formulierung von Regelbeispielen ehrlicher als eine Interpretation von Tatbestandsmerkmalen an den Grenzbereichen der Ausle-

gung. Außerdem könne man wegen der bestehenden Motivgeneralklausel in den aktuellen Mordmerkmalen der ersten Gruppe bereits de facto Regelbeispiele sehen.

Gegen die Regelbeispielstechnik wurde aber vorgebracht, dass sie einen Mittelweg zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit darstelle und damit keinem der beiden Ziele gerecht werde. Sofern die Mordmerkmale anhand trennscharfer Kriterien feststellbar seien, sei diesen der Vorzug zu geben. Eingedenk der Tatsache, dass das Leben das wichtigste Rechtsgut darstelle, verbiete sich eine Übertragung der Rechtsprechung hinsichtlich anderer Kataloge des Strafgesetzbuches, so dass die mit der Regelbeispielstechnik einhergehenden unbenannten besonders schweren Fällen – zumindest im Bereich der Kapitaldelikte – erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt seien, Artikel 103 Absatz 2 GG. Zudem werde die Verantwortung für die Vervollständigung des Tatbestands sehr weitgehend vom Gesetzgeber auf das Gericht verschoben und diesem letztlich die weichenstellende Ausfüllung überlassen. Auch bleibe die Bedeutung der Regelbeispiele im Rahmen der nach h.M. anzustellenden Gesamtwürdigung unklar. Ferner stellten sich unter dem Regime der Regelbeispiele unter anderem bei der Beurteilung des Versuchs und der Teilnahme eine Vielzahl umstrittener Fragen, die letztlich das Ergebnis ihrer unklaren dogmatischen Verortung seien. Auch sei diese Regelungstechnik im Strafrecht im europäischen Vergleich kaum anschlussfähig. An entsprechenden Regelbeispielskatalogen sei daher in der Vergangenheit auch berechtigte Kritik erhoben worden („die Technik sei nur etwas für die Spielernaturen unter den Richtern“). Speziell bezogen auf die Abgrenzung vorsätzlicher Tötungen werde die Regelbeispielstechnik den für Mord und Totschlag angedrohten Strafen wie auch der tatbestandlichen und begrifflichen Hervorhebung der beiden Tötungsvorschriften – auch in ihrer historischen Dimension und der Verankerung im Bewusstsein der Bevölkerung – schwerlich gerecht. Fälle des Mordes müssten als besonders schweres Unrecht im Gesetz und im Schuldspruch gekennzeichnet werden. Tatbestandliche Abgrenzungen ermöglichten eine klarere und rechtssicherere Abschichtung, was für die Tötungsdelikte angesichts ihrer herausragenden Stellung von besonderer Bedeutung sei.

Beschluss 1-2b Regelbeispielskonzept

Das aktuelle Modell ist durch ein Regelbeispielmodell mit der vorsätzlichen Tötung als Grundtatbestand und einem Tatbestand mit strafschärfenden Regelbeispielen zu ersetzen.

Abgelehnt 2:12:0

2. Systematik und Wortlaut

2-1. Gesetzliche Abgrenzung zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen Tötung

Eingehend diskutiert wurde innerhalb der Expertengruppe die Grundfrage, ob es einer gesetzlich normierten Abgrenzung zwischen dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 212 StGB – Totschlag) und dem Fall der höchststrafwürdigen vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 211 StGB – Mord) bedarf (siehe dazu bereits die vorhergehenden Ausführungen zu den Grundmodellen, die diese Frage unterschiedlich beantworten). Dabei bestand Einigkeit, dass mangels Möglichkeit der Differenzierung im Bereich des Erfolgsunrechts (von Fällen kumulierter Tötungen einmal abgesehen) die Abgrenzung, wenn überhaupt, im Bereich des Handlungsunrechts – des Handlungs- und Gesinnungsunwerts einer Tötungshandlung – zu suchen sei.

Die Diskussion zu dieser Frage wurde durch das Referat von *Grünwald* eingeleitet. Darin vertrat sie die Auffassung, die Tötung eines Menschen sei nicht zu steigerndes Handlungsunrecht, so dass es keine Qualifizierungen der Tötung, sondern lediglich Privilegierungen geben könne.

Ignor und *Schneider* hielten dagegen eine Unterscheidung, wenn auch lediglich im Bereich eines signifikant gesteigerten Handlungsunrechts oder Erfolgsunrechts, für möglich. Diese Auffassung wurde von der Mehrheit der Expertengruppe geteilt. Diese berief sich dabei unter anderem darauf, dass die Negierung der Unrechts- und damit auch Schuldsteigerung von bestimmten Beweggründen und Absichten des Täters durchgreifenden Bedenken begegne. Das Strafrecht könne nicht an solchen Dimensionen des Handlungsunrechts vorbeigehen, wenn deren Relevanz sich in einer markant erhöhten oder verminderten Rechtsfriedensstörung beziehungsweise einem je verschiedenen Angriff auf die Geltung der Rechtsordnung deutlich mache.

Beschluss 2-1 Gesetzliche Abgrenzung

Neben dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung ist eine gesetzliche Regelung für vorsätzliche höchststrafwürdige Tötungen vorzusehen.

Angenommen 10:4:0

2-2. Verhältnis

Nachfolgend wurde von der Expertengruppe die zwischen Rechtsprechung und juristischer Literatur umstrittene Frage aufgegriffen, ob es sich bei Mord und Totschlag um zwei selbstständige Tatbestände handelt oder ob beide Delikte in einem Stufenverhältnis dergestalt zu einander stehen, dass der Mord als qualifizierter Totschlag zu werten ist, und in welchem Verhältnis ein zukünftiger Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung zu dem Fall der höchststrafwürdigen vorsätzlichen Tötung stehen solle. Die Auffassung, dass dies ein Stufenverhältnis sein solle, fand eine deutliche Mehrheit unter den Mitgliedern.

Beschluss 2-2 Verhältnis

Der Grundfall und die höchststrafwürdige Tötung sind durch zwei Normen auszugestalten, die nicht selbstständig nebeneinander, sondern in einem Stufenverhältnis zu einander stehen.

Angenommen 10:4:1

2-3. Terminologie

Einigkeit bestand unter den Mitgliedern der Expertengruppe darüber, dass nicht länger am aktuellen Wortlaut der §§ 211, 212 StGB („Mörder“ / „Totschläger“) festgehalten werden solle. Eine Neuformulierung sei der Terminologie der sonstigen Tatbestände des Strafgesetzbuches anzupassen, die an die Tathandlung, nicht aber den Täter anknüpfe.

Beschluss 2-3 Terminologie

Der auf einen Tätertypus zielende Wortlaut der §§ 211, 212 StGB („Mörder“ / „Totschläger“) ist durch eine an die Tathandlung anknüpfende Fassung zu ersetzen.

Angenommen 15:0:0

3. Leitprinzipien

Unter der Voraussetzung, dass es auch zukünftig eine gesetzlich normierte Abgrenzung zwischen dem Grundfall der vorsätzlichen Tötung und dem Fall der höchststrafwürdigen vorsätzlichen Tötung geben wird, stellte sich die Frage, ob sich etwaige Abgrenzungskriterien (im Wesentlichen) auf ein einheitliches Leitprinzip oder mehrere Leitprinzipien zurückführen lassen, und wenn ja, welche dies sind. Die Fragen wurden von den Experten eingehend und kontrovers diskutiert.

3-1. Orientierungsrahmen

Im Ergebnis waren die Mitglieder der Expertengruppe mehrheitlich der Auffassung, dass sich etwaige Abgrenzungskriterien an Leitprinzipien orientieren sollen, ohne dass hierfür auf ein einheitliches Leitprinzip zurückgegriffen werden könne.

Beschluss 3-1a Maßstab

Etwaige Kriterien für die Abgrenzung zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen vorsätzlichen Tötung sind an Leitprinzipien zu orientieren.

Angenommen 9:5:0

Beschluss 3-1b Einheitliches Leitprinzip

Etwaige Kriterien für die Abgrenzung zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen vorsätzlichen Tötung sind auf ein einheitliches Leitprinzip zurückführbar.

Abgelehnt 0:14:0

3-2. Einzelne Leitprinzipien

Die Expertengruppe diskutierte anhand des Referates von *Schneider* „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“ und der Stellungnahme von *Ignor* die These, etwaige Abgrenzungskriterien zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen Tötung ließen sich auf das Prinzip der Sozialschädlichkeit zurückführen. Diese Auffassung wurde von *Schneider* vertreten. Aus seiner Sicht sind als tragfähige Abgrenzungskriterien einzig die Gemeinschaftsbedrohlichkeit sowie die Sozialgefährlichkeit, die der Gesetzgeber vor 1941 unter dem Begriff der „Auflehnung gegen die Grundwerte der Gesellschaft“ und als Angriff auf die Rechtswahrungsfunktion des Staates anerkannte, anzusehen. Diese Abgrenzung sei heute zusätzlich an den

Wertvorgaben des Grundgesetzes zu messen. Die Höchststrafwürdigkeit einer vorsätzlichen Tötung zum Beispiel aus „Rassenhass“ ergebe sich daraus, dass der Täter damit nicht hinterfragbare Grundwerte der Gesellschaft (Artikel 1 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 GG) gewaltsam negiere. Damit sei im Ergebnis aufgrund der sozialetischen Wertmaßstäbe des Gesetzgebers (hier: Funktionsstörung der staatlichen Sphäre) zu differenzieren.

Ignor erachtete als Leitprinzip zur Abgrenzung von Mord zum Totschlag die vorsätzliche Begehung von im Verhältnis zur eigentlichen Tötung zusätzlichem Unrecht (Leitprinzip des kumulierten Unrechts). Dies könne Erfolgs- oder Handlungsunrecht sein. Die Maßstäbe hierfür müssten der Verfassungs- und Rechtsordnung entnommen werden. Zusätzliches Handlungsunrecht könne darin liegen, dass der Täter eigene rechtswidrige Zwecke verfolge, denen er das Leben des Opfers unterordne, wodurch er dieses instrumentalisieren und zusätzlich in seiner Menschenwürde (Artikel 1 GG) verletze. Dies sei auch bei Verletzungen des Diskriminierungsverbots (Artikel 3 GG) der Fall.

Die Expertengruppe diskutierte auch die von den Verfassern der Alternativ-Entwurfs Leben vertretene Auffassung, die Abgrenzung zwischen dem Grundfall und der höchststrafwürdigen Tötung lasse sich auf das Leitprinzip der Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit zurückführen, und lehnte diese – unter Enthaltungen – einstimmig ab. Die Mitglieder äußerten vielmehr der Auffassung, dass sowohl die Gefährlichkeit als auch die Verwerflichkeit der Tat Grundlage etwaiger Abgrenzungskriterien darstellen. Auch der Gedanke des kumulierten Unrechts sowie der Gedanke des Verstoßes gegen die Menschenwürde fanden jeweils – bei einer Vielzahl von Enthaltungen – eine knappe Mehrheit.

Beschluss 3-2a Besondere Sozialschädlichkeit

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums der Sozialschädlichkeit unterscheiden.

Abgelehnt 2:5:7

Beschluss 3-2b Gefährlichkeit der Tat

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums der Gefährlichkeit der Tat (nicht des Täters) unterscheiden.

Angenommen 8:2:4

Beschluss 3-2c Verwerflichkeit der Tat

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums der Verwerflichkeit der Tat unterscheiden.

Angenommen 6:5:3

Beschluss 3-2d Kumuliertes Unrecht

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums des kumulierten Unrechts unterscheiden.

Angenommen 4:3:7

Beschluss 3-2e Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums der Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit unterscheiden.

Abgelehnt 0:9:5

Beschluss 3-2f Verstoß gegen die Menschenwürde beziehungsweise das Diskriminierungsverbot

Der Grundfall lässt sich von der höchststrafwürdigen Tötung anhand des Kriteriums des Verstoßes gegen die Menschenwürde beziehungsweise das Diskriminierungsverbot unterscheiden.

Abgelehnt 4:5:5

4. Abgrenzungskriterien

Die Expertengruppe diskutierte nachfolgend, welche Kriterien sich zur Abgrenzung des Grundfalls von der höchststrafwürdigen Tötung heranziehen lassen. Es bestand Einigkeit darüber, dass eine wie auch immer geartete Reform nicht dazu führen dürfe, dass Merkmale, die dem gesellschaftlichen Gerechtigkeitsempfinden nach höchststrafwürdig seien, vom Straftatbestand ausgeschlossen würden. Entsprechende Abgrenzungskriterien seien als klare und wertungsmäßig nachvollziehbare Vorgaben an den Richter auszugestalten. Sie dürften diesen nicht dazu auffordern, gegen sie anzukämpfen. Ein Mordmerkmal dürfe in sich nicht schon den „Keim zur Irritation des Richters“ tragen.

Von dieser Prämisse ausgehend sowie unter der Voraussetzung, dass auch das zukünftige Recht eine entsprechende Abgrenzung vorsieht, wurden zunächst die Mordmerkmale des geltenden Rechts dahingehend untersucht, ob sie grundsätzlich beizubehalten sind und, wenn ja, einer inhaltlichen oder lediglich sprachlichen Änderung bedürfen. Die nachfolgende Darstellung folgt der Reihenfolge der Mordmerkmale im geltenden § 211 StGB.

4-1. Mordlust

Ausgangspunkt einer intensiven Diskussion zu diesem Merkmal war das Referat von *Kröber*, in dem dieser die Ansicht vertrat, das Mordmerkmal der Mordlust werde zu Unrecht vernachlässigt. Aus seiner Erfahrung als forensischer Psychiater sei er zu der Auffassung gelangt, es gebe durchaus Menschen, die Freude am Töten anderer Menschen empfinden. Weitere Impulse für die Diskussion gab der Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Leben, wonach dieses Mordmerkmal ersetzt werden soll durch das Merkmal des „Tötens um des Tötens willen“.

Wenn auch weitgehender Konsens dahingehend bestand, dass eine inhaltliche Änderung des Merkmals wünschenswert sei, kristallisierte sich keine konsensfähige Alternativformulierung wie etwa „Interesse am Töten“, „Freude am Töten“ oder „Lust am Töten“ heraus. Dagegen wurde unter Verweis auf das Fehlen überzeugender Alternativformulierungen vorgebracht, dass ein zureichender Anlass für eine Änderung nicht bestehe, schon gar nicht vor dem Hintergrund des plakativen Gehalts des eingeführten Begriffs der „Mordlust“ und dessen seit der richtungsändernden Leitentscheidung BGHSt 34, 59 ff. weithin konsentierten Auslegung.

Beschluss 4-1a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Mordlust ist beizubehalten.

Angenommen 10:3:1

Beschluss 4-1b Inhaltliche Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Mordlust ist inhaltlich zu ändern.

Angenommen 7:2:5

4-2. Befriedigung des Geschlechtstriebes

Die Expertengruppe diskutierte die Frage, ob vorsätzliche Tötungen aus sexuellen Motiven als höchststrafwürdig einzustufen und ob inhaltliche Modifizierungen des Mordmerkmals erforderlich seien. Zudem wurde erörtert, ob der Wortlaut des geltenden Rechts („zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“) angemessen sei. Alternativ wurde der Wortlaut „um sich oder einen anderen sexuell zu erregen“ vorgeschlagen. Im Ergebnis bestand unter den Experten weitgehende Einigkeit darüber, dass das Abgrenzungskriterium in seinem inhaltlichen Kern beizubehalten sei. Ob eine sprachliche Anpassung erfolgen soll, wurde ambivalent beurteilt; nur eine knappe Mehrheit schloss sich dieser Auffassung an.

Die Gegenmeinung räumte zwar gewisse sprachliche Ungenauigkeiten ein, auf die insbesondere *Merkel* hinwies, berief sich aber auf den Wert eines bereits bestehenden und von der Rechtsprechung mit klaren Konturen ausgestatteten Rechtsbegriffs. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf dränge sich deshalb nicht auf.

Beschluss 4-2a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Befriedigung des Geschlechtstriebes ist beizubehalten.

Angenommen 11:0:3

Beschluss 4-2b Inhaltliche Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Befriedigung des Geschlechtstriebes ist inhaltlich zu ändern.

Abgelehnt 0:9:5

Beschluss 4-2c Sprachliche Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Befriedigung des Geschlechtstriebes ist sprachlich zu ändern.

Angenommen 6:5:3

4-3. Habgier

Die Diskussion über das Mordmerkmal der Habgier hatte den Alternativ-Entwurf Leben zur Grundlage, wonach eine Ersetzung der Formulierung durch die Formulierung „Töten im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen“ erfolgen sollte. Eine Mehrheit der Expertengruppe hielt dieses Mordmerkmal weiterhin für erforderlich, ohne dass Bedarf für eine Änderung gesehen wurde. *Ignor* sprach sich für die Neuformulierung „um sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern“ aus, da das Merkmal der Habgier moralisch „aufgeladen“ und durch eine neutralere Formulierung zu ersetzen sei.

Die Gegenmeinung verwies wiederum auf die Rechtssicherheit, die mit bereits bestehenden Rechtsbegriffen einhergehe. Da kein Bedarf an einer inhaltlichen Änderung bestehe, empfehle sich eine rein sprachliche Modifizierung nicht.

Beschluss 4-3a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Habgier ist beizubehalten.

Angenommen 10:3:1

Beschluss 4-3b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Habgier ist durch „um sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern“ zu ersetzen.

Abgelehnt 3:10:1

4-4. Motivgeneralklausel

Breiten Raum nahm bei den Beratungen der Expertengruppe das als durchaus problematisch wahrgenommene Mordmerkmal der Motivgeneralklausel ein. Grundlage der Diskussionen war zunächst das Referat von *Schneider*, der die Motivgeneralklausel als unverzichtbar bezeichnete und die Auffassung vertrat, deren Abschaffung würde ein massives Gerechtigkeitsdefizit begründen und zudem zu einer starken Absenkung der Zahl der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe führen. Die inhaltliche Präzisierung der Motivgeneralklausel sei hingegen schwierig; ein einzelnes beurteilungsrelevantes Leitprinzip gebe es hierfür nicht. Der Weg der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dieses Mordmerkmal unter Rückgriff auf eindeutige und in diesem Sinne weiterführende Aussagen der Sozialethik zu konkretisieren, sei trotz der hieran geübten Kritik weiterhin gangbar; er bedürfe jedoch der Absicherung durch ergänzende Begründungssätze. Insbesondere käme hierfür die Mittel-Zweck-Relation zwischen Tatanlass und Tatfolgen in Betracht, daneben Motivationen, die in der Verfassung verankerte Grundwerte der Gesellschaft in Frage stellten, etwa die Missachtung des persönlichen Eigenwertes des Opfers. Eine Modernisierung und Weiterentwicklung der Motivgeneralklausel sei rechtspolitisch wünschenswert, und zwar durch Schaffung zusätzlicher subjektiver Mordmerkmale. Sie könnten zum einen die Motivgeneralklausel entlasten, zum anderen die Basis für die strafrechtliche Bewertung unbenannter Motive im Wege vergleichender Betrachtung erweitern. Auch sei eine Änderung des Wortlauts der Motivgeneralklausel zu erwägen.

Einen weiteren Impuls für die Diskussion gab das Referat von *Lilie* zum Alternativ-Entwurf Leben, wonach die Motivgeneralklausel durch benannte besonders niedrige Beweggründe wie zum Beispiel Tötung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung ersetzt werden soll.

Ignor plädierte für die Neuformulierung „sonst aus menschenverachtenden Beweggründen“, weil diese das den meisten anderen Mordmerkmalen immanente Kriterium der zusätzlich zur Tötung hinzukommenden Verletzung der Menschenwürde des Opfers deutlich mache.

Deckers äußerte Zweifel an der Bestimmtheit der Motivgeneralklausel. Das Eingreifen hänge häufig von der mehr oder weniger geschickten Einlassung des Täters ab und sei somit beliebig.

Der Wunsch nach Konkretisierung wurde zwar auch von anderen Mitgliedern der Experten-
gruppe geteilt, führte im Ergebnis jedoch nicht zu einer Änderungs-, sondern „lediglich“ zu
einer Ergänzungsempfehlung (hierzu: Beschlüsse unter Punkt 4-5.).

Beschluss 4-4a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Die Motivgeneralklausel ist beizubehalten.

Angenommen 10:4:0

Beschluss 4-4b Änderung

Die Motivgeneralklausel ist zu ändern.

Abgelehnt 6:8:0

**Beschluss 4-4b1 Modifizierung durch „sonstige menschenverachtende Be-
weggründe“**

Für den Fall, dass die Motivgeneralklausel geändert werden soll, ist sie durch „sonsti-
ge menschenverachtende Beweggründe“ (Negierung des personalen Eigenwertes
des Opfers) zu ersetzen.

Abgelehnt 2:9:3

**Beschluss 4-4b2 Modifizierung durch „aus nichtigem/nichtswürdigem An-
lass“**

Für den Fall, dass die Motivgeneralklausel geändert werden soll, ist sie durch „aus
nichtigem/nichtswürdigem Anlass“ zu ersetzen.

Abgelehnt 2:8:4

4-5. Ergänzung der Mordmerkmale durch weitere normierte niedrige Beweggründe

Ausgehend von der Debatte um die Motivgeneralklausel beschäftigte sich die Expertengruppe auch mit der Frage, ob die Mordmerkmale der ersten Gruppe durch weitere ergänzt werden sollten. Als Grundlage für die Diskussion wurden insbesondere die Kataloge der §§ 46, 130 StGB und den dortigen Abgrenzungskriterien vergleichbare Aspekte genannt.

Einen weiteren Schwerpunkt bildete der durch *Schneider* eingebrachte Vorschlag der Berücksichtigung der selbstjustiziellen Bestrafungsabsicht als neues Mordmerkmal. In dadurch motivierten Tötungen liege zugleich eine Infragestellung der staatlichen Rechtswahrfunktion (Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 GG). Dieser Angriff auf einen kollektiven Grundwert des demokratischen Rechtsstaats müsse konsequenterweise zur Höchststrafwürdigkeit führen.

Nach *Ignor* sind entsprechende Fälle häufig als im sozialen Nahbereich angesiedelt anzusehen mit der Folge, dass regelmäßig außergewöhnliche psychische Konfliktlagen eine Rolle spielten. Somit lägen regelmäßig schuld mindernde Aspekte in einer Intensität vor, die die Einstufung der Tat als höchststrafwürdige Tötung außerordentlich zweifelhaft erscheinen ließen. Zudem stehe das Motiv der Vergeltung nicht per se im Widerspruch zur Rechtsordnung.

Weitgehender Konsens bestand dahingehend, Tötungen wegen des Geschlechts, der Herkunft, des Glaubens und aus rassistischen Motiven ausdrücklich als höchststrafwürdig zu normieren. Aus Sicht der Mindermeinung bestehe dagegen kein zureichender Anlass für eine derartige klarstellende Erweiterung (um unstrittige Fälle der Motivgeneralklausel), die den Tatbestand lediglich aufblähte und zudem lediglich Einzelaspekte aufgriffe. Für den politisch-symbolisch wichtigen Bereich der „rassistischen“ beziehungsweise fremdenfeindlichen Motive sei auf die bereits im Gesetzgebungsverfahren beschlossene Ergänzung des § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB hinzuweisen, die Ausstrahlungswirkung auch für die Auslegung der Motivgeneralklausel haben werde.

Im Ergebnis sprach sich eine Mehrheit der Expertengruppe für die Aufnahme der Abgrenzungsmerkmale der Tötung wegen des Geschlechts und der Herkunft sowie aus rassistischen Beweggründen aus. Unter einer Vielzahl von Enthaltungen wurde zudem empfohlen, ergänzend die Tötung wegen des Glaubens sowie der sexuellen Orientierung oder Identität als weiteres Mordmerkmal zu normieren.

Beschluss 4-5a Geschlecht

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen des Geschlechts“ zu ergänzen.

Angenommen 7:1:6

Beschluss 4-5b Abstammung

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der Abstammung“ zu ergänzen.

Abgelehnt 3:5:6

Beschluss 4-5c Herkunft

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der ethnischen oder sonstigen Herkunft“ zu ergänzen.

Angenommen 9:1:4

Beschluss 4-5d Glaube

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauung“ zu ergänzen.

Angenommen 5:1:8

Beschluss 4-5e Weltanschauung

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der Weltanschauung“ zu ergänzen.

Unentschieden 3:3:8

Beschluss 4-5f politische Anschauung

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der politischen Anschauung“ zu ergänzen.

Abgelehnt 2:4:8

Beschluss 4-5g Sexualität

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der sexuellen Identität oder Orientierung“ zu ergänzen.

Angenommen 3:2:9

Beschluss 4-5h Inkonnexität

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „wegen der Inkonnexität zwischen Tatanlass und Tatfolgen“ zu ergänzen.

Abgelehnt 1:7:6

Beschluss 4-5i Selbstjustiz

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht“ zu ergänzen.

Abgelehnt 3:4:7

Beschluss 4-5j Selbstsucht

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „aus grober Selbstsucht“ zu ergänzen.

Unentschieden 3:3:8

Beschluss 4-5k Rassismus

Die Mordmerkmale der 1. Gruppe sind durch „aus rassistischen Beweggründen“ zu ergänzen.

Angenommen 9:1:4

4-6. Heimtücke

Die Diskussionen wurden durch das Referat von *Schneider* „Thesen zur Heimtücke“, die Stellungnahme von *Ignor* hierzu und das Referat von *Deckers* „Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB“ eingeleitet.

Schneider führte aus, er halte das Mordmerkmal der Heimtücke schon aus rechtspolitischen Gründen für unverzichtbar. Dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung entspreche es, die Tötung Schlafender und Anschläge aus dem Hinterhalt sowie allgemein Tötungen eines hiervon überraschten Opfers von hinten beziehungsweise mittels Gift als höchststrafwürdig zu bezeichnen. Dieses sozialpsychologische Faktum werde von den Befürwortern einer Streichung konsequent ignoriert. Deren Argument, das Mordmerkmal der Heimtücke benachteilige Schwache, weil diese gegenüber stärkeren Kontrahenten vielfach zum Mittel der List greifen müssten, um ihr Tötungsvorhaben zu realisieren, gehe fehl, wenn auch die dem Einwand zugrunde liegende Beobachtung nicht völlig von der Hand zu weisen sei. Konsequenz zu Ende gedacht, bedeute der Einwand, jedermann müsse von Rechts wegen die Chance haben zu töten, ohne Mörder zu sein; seiner Meinung nach ein offensichtlich befremdliches Postulat. Rechtsgrundsätzlich sei gegen das Mordmerkmal nichts einzuwenden, allerdings sei in Randbereichen eine restriktivere Handhabung sowohl angezeigt als auch auslegungstechnisch möglich. Die eingangs genannten Fallgestaltungen sollten aber weiterhin erfasst werden.

Ignor analysierte den Rechtszustand *de lege lata* und stellte eine auffällige Inkonsistenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung fest. Das Merkmal werde einerseits mit Blick auf die Situation des Tatopfers betrachtet („opferorientiert“), andererseits werde auf die Gesinnung oder Handlungsweise des Täters abgestellt („täterorientiert“). Die Opferorientierung sei insofern problematisch, als sie auf einen unterschiedlichen Lebensschutz hinauslaufen könne. *De lege ferenda* zu empfehlen sei eine Ersetzung des Merkmals der Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ wie in § 224 Absatz 1 Nummer 3 StGB.

Deckers referierte über die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mordmerkmal der Heimtücke und kam zu dem Schluss, dass es für die Auslegung dieses Mordmerkmals keinerlei feste Kriterien gebe. Schon deshalb sei es überaus problematisch. Dazu komme, dass der weitaus größere Anteil der Tötungsdelikte im sozialen oder gar familiären Nahbereich stattfände, die Taten regelmäßig mit affektiven Zuständen der Beteiligten einhergingen und in Konflikten und Krisenlagen geboren würden. Mit dem objektiven Tatmerkmal der Heimtücke

stülpe man dem Geschehen einen kasuistischen Fremdkörper über, der der Dramatik oder auch Tragik der Umstände der meisten Fälle dieser Art nicht gerecht werde.

Den Hauptkritikpunkt sah er in der Abkehr der Strafanwendungspraxis von den Vorgaben des Koinzidenzprinzips gesehen. Die „Zeitregel“ habe zunächst gefordert, dass die Arglosigkeit des Opfers bis zum Beginn der ersten Tathandlung und damit quasi bis zum Versuchsbeginn vorgelegen haben muss, um eine Handlung als heimtückisch zu qualifizieren. Diese Regelung, die eigentlich eingrenzen sollte, sei zusehends aufgeweicht worden und habe damit ihre Funktion zumindest teilweise eingebüßt. Der Grund hierfür sei das Bestreben gewesen, auch solche Fälle unter den Begriff der Heimtücke subsumieren zu können, bei denen bis zum Verlust der Arglosigkeit des Opfers nur Körperverletzungsvorsatz vorgelegen habe, der erst danach in einen Tötungsvorsatz umgeschlagen sei. Damit seien neben die klassischen Fälle der Ausnutzung eines Überraschungsmoments (Vertragskiller- und Haustyrannenmorde) alsbald weitere Fallgestaltungen getreten, die zwar höchststrafwürdig sein könnten, originär aber vom Begriff der Heimtücke nicht umfasst gewesen seien und auch nicht umfasst sein sollten. Dazu zählten unter anderem die Tötung Schlafender oder das Locken in einen Hinterhalt mit anschließender Offenbarung, ohne dass dem Opfer die Möglichkeit zur Flucht eröffnet wäre.

Aufgrund der Ausdehnungstendenzen und der damit verbundenen Bandbreite von Lebenssachverhalten habe das Bundesverfassungsgericht zur Restriktion gemahnt. Diesem sei der Bundesgerichtshof zwar nachgekommen, habe sich jedoch nicht der vorgeschlagenen Auslegungskriterien des „verwerflichen Vertrauensbruchs“ und der „besonderen Verwerflichkeit der Tat“ bedient. Zur Anwendung gekommen seien vielmehr gesetzlich nicht vorgesehene Einschränkungsmarkierungen wie das Ausnutzungsbewusstsein und die feindliche Willensrichtung. Diese Merkmale, die die Einzelfallgerechtigkeit sicherstellen sollten, entzögen sich jedoch jeder stringenten Dogmatik.

Bei der Diskussion wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung der Heimtücke gemeinhin überschätzt werde. Sie spiele im Rahmen der Tötungsdelikte keine überragende Rolle. Zur Begehung einer möglichst effizienten Tötung werde der Täter stets darauf bedacht sein, die Schwäche(n) des Opfers auszunutzen. Das „ehrenvolle Duell“ als Normalfall anzusehen und als Maßstab anzulegen, erweise sich als verfehlt. Eine Qualifizierung des Heimtückemordes sei daher nicht (allein) aufgrund der Enttäuschung bloßen Legalvertrauens, durch unvermittelte Tötungs-/Verletzungshandlungen unbehelligt zu bleiben, zu rechtfertigen.

Im Ergebnis wurden im Wesentlichen drei Auffassungen vertreten:

1. Eine Streichung des Mordmerkmals sei denkbar, ohne dass es zu unerträglichen Strafbarkeitslücken komme, da die meisten Fälle der Heimtücke zugleich auch andere Merkmale des § 211 StGB erfüllten. Ein solches Vorgehen sei auch gerechtfertigt, da die sozialetische Missbilligung des Heimtückemordes eher der eines gewöhnlichen Totschlages entspreche und in Einzelfällen sogar hinter diesem zurückbleibe. Ohne nachvollziehbaren Grund werde ein aggressives Vorgehen gegenüber einem listigen privilegiert. Insbesondere in den seltenen Fällen des „Haustyrannenmordes“ versage das Merkmal der Heimtücke, da diese Fälle eine große und auffällige Nähe zur Notwehr oder zum Defensivnotstand aufwiesen, so dass das Unrecht derart gering sei, dass eine Qualifizierung als Mord kaum noch gerechtfertigt sei. Durch eine Subsumtion solcher Fallgestaltungen unter den Tatbestand des Totschlages wäre zugleich der Anwendungsbereich des § 213 StGB eröffnet, was zu einer wesentlich treffenderen Abbildung entsprechender Lebenssachverhalte führe.

Dagegen wurde eingewandt, das Mordmerkmal der Heimtücke sei in der Bevölkerung am präsentesten, so dass dessen Streichung schwer vermittelbar sei. Die Behauptung, dass zumeist auch andere Merkmale mitverwirklicht seien, entbehrt jeder empirischen Grundlage und führe gerade bei Taten im sozialen Nahbereich zu nicht überschaubaren Schutzlücken.

2. Das Mordmerkmal der Heimtücke solle beibehalten, aber modifiziert werden. Um ihm wieder Konturen zu verleihen, solle der Begriff der Heimtücke „aufgebrochen“ werden. Dabei sei nicht unbeachtlich, dass das Merkmal derzeit aus opferorientierten (Arg- und Wehrlosigkeit) und täterorientierten (Tücke und Verschlagenheit) Elementen bestehe. Vorstellbar wäre, die einzelnen Elemente in jeweils verschiedene Tatbestandsmerkmale zu fassen. Hinsichtlich der Täterorientierung könne dies einerseits durch die Einführung des Begriffs der „Hinterlist“, andererseits durch die Verwendung bereits etablierter Merkmale wie des „hinterlistigen Überfalls“ in Anlehnung an § 224 Absatz 1 Nummer 3 StGB erfolgen. Hinsichtlich der Opferorientierung sei dies durch die ausdrückliche Normierung möglich, dass es lediglich auf die Ausnutzung einer „auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit“ ankomme. Diese müsse jedoch in „feindseliger Willensrichtung“ erfolgen, um Fälle der Euthanasie und des Mitnahmesuizides auszuklammern.

Weiter ginge der Vorschlag, die Heimtücke durch die „Ausnutzung einer schutzlosen Lage“ zu ersetzen oder zu ergänzen, um hiermit Personengruppen (Säuglinge, Kinder, Schlafende und Bewusstlose), deren Erfassung bei geltender Rechtslage auf einer

schwachen Argumentationsgrundlage fuße, in adäquater Weise in den Tatbestand aufzunehmen.

Dagegen wurde eingewandt, dass hiermit eine sehr weitgehende Ausdehnung der Fälle des Mordes verbunden sei, die erheblichen Bedenken begegne. Namentlich würden damit sämtliche Fälle der Tötung von Neugeborenen zu Fällen des Mordes, was angesichts der besonderen Ausnahmesituation, in der sich eine Mutter befinden könne, die ihr Kind in oder direkt nach der Geburt töte, nicht angemessen sei. Nach geltendem Recht solle in letztgenannten Fällen deswegen regelmäßig ein minder schwerer Fall des Totschlags in Betracht kommen.

3. Eine Rückkehr zum Koinzidenzprinzip würde die Heimtücke auf ihren ursprünglichen Kernbereich zurückführen. Hierdurch wäre, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, der Anwendungsbereich auf Fälle entsprechend eklatanten Handlungsunwerts eingengt. Durch eine solche Korrektur der Auslegung in der Rechtsprechung wäre eine Gesetzesänderung nicht mehr erforderlich; der Gesetzgeber könne jedoch eine Klarstellung erwägen.

Im Ergebnis empfahl die Expertengruppe, das Mordmerkmal der Heimtücke zwar beizubehalten, jedoch einerseits auf den „hinterhältigen Angriff“ zu begrenzen und andererseits auf die Ausnutzung einer besonderen Schutzbedürftigkeit (neben der Arg- und Wehrlosigkeit) auszuweiten.

Beschluss 4-6a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist beizubehalten.

Angenommen 9:1:4

Beschluss 4-6b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist zu ändern.

Angenommen 12:0:2

Beschluss 4-6c Verwerflicher Vertrauensbruch

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „unter einem verwerflichen Bruch des Vertrauens“ zu ersetzen.

Abgelehnt 0:14:0

Beschluss 4-6d Hinterlist

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „mittels hinterlistiger Begehung“ zu ersetzen.

Abgelehnt 0:7:7

Beschluss 4-6e Hinterlistiger Überfall

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ zu ersetzen.

Abgelehnt 3:5:6

Beschluss 4-6f Hinterhältiger Angriff

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „mittels eines hinterhältigen Angriffs“ zu ersetzen.

Angenommen 4:1:9

Beschluss 4-6g Strukturelle Unterlegenheit

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „unter Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Opfers“ zu ersetzen.

Abgelehnt 0:14:0

Beschluss 4-6h Arg- und Wehrlosigkeit nebst Schutzlosigkeit

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „durch Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“ zu ersetzen.

Angenommen 7:5:3

Beschluss 4-6i Heimtücke nebst Schutzlosigkeit

Das Abgrenzungskriterium der heimtückischen Tatbegehung ist durch „oder Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“ zu ergänzen.

Angenommen 7:4:4

4-7. Grausamkeit

Das Mordmerkmal der grausamen Tatbegehung wurde anhand des Alternativ-Entwurfs Leben diskutiert. Danach soll es strafscharfend wirken, wenn der Täter das Opfer „nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen“ tötet. Auch der Regelungsvorschlag von *Rissing-van Saan* wurde in die Diskussion einbezogen.

Die Expertengruppe sprach sich im Ergebnis mit großer Mehrheit für eine grundsätzliche Beibehaltung des Abgrenzungskriteriums aus, empfahl aber Modifizierungen. Dabei wurden verschiedene Vorschläge diskutiert, von denen einige (Koinzidenz, „auf qualvolle Weise“, „qualvoll“) – bei einer Vielzahl von Enthaltungen – angenommen wurden.

Reinhard sprach sich gegen eine – wie auch immer geartete – Änderung aus, da sich mit dem Mordmerkmal ein plakativer Vorstellungsgehalt verbinde und die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu eine überzeugende Auslegung entwickelt habe. Auch die vielfach kritisierte subjektive „Aufladung“ des Mordmerkmals habe – ungeachtet ihrer dogmatischen Einordnung – mit Blick auf extreme Ausnahmesituationen vor dem Hintergrund der weiterhin anzustrebenden absoluten Strafdrohung lebenslanger Freiheitsstrafe ihre Berechtigung. Hierdurch würde der legitime Aspekt der umfassenden Herabwürdigung der Subjektsqualität des Opfers (als Haltung des Täters zur Tat und zum Recht) in die Betrachtung einbezogen. Eine solche Auslegung könne sich auf eine lange Tradition in der Rechtsprechung berufen, die bereits vor der Reform von 1941 hinsichtlich des Merkmals der „grausamen Behandlung“ in § 223a Abs. 2 StGB a.F. etabliert worden sei. Mit Blick auf die Frage der Koinzidenz wird auch zu bedenken gegeben, dass es in der Eigenart der „Grausamkeit“ liege, dass das Opfer häufig vor der eigentlichen Tötungshandlung besonders gequält werde. Insofern sei der „Grausamkeit“ ein gewisser Vorbereitungscharakter schon immanent, so wie es auch bei der heimtückischen Tötung in den Fällen sei, in denen das Opfer im Vorfeld der Tötung in einen Hinterhalt gelockt werde oder schutzbereite Dritte von in ihrer Obhut stehenden Kleinkindern, Bewusstlosen oder ähnlichen Personen weggelockt oder sonst wie ausgeschaltet würden. Auch diese Fälle müssten grundsätzlich als Mord geahndet werden können.

Beschluss 4-7a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist beizubehalten.

Angenommen 13:1:1

Beschluss4-7b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist zu ändern.

Angenommen 11:2:1

Beschluss 4-7c Zeitliches Auseinanderfallen

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist unter Ausschluss der Gesinnungskomponente durch „nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen“ zu ersetzen.

Abgelehnt 0:11:4

Beschluss 4-7d Koinzidenz

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist unter Ausschluss der Gesinnungskomponente durch „unter Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen“ zu ersetzen.

Angenommen 6:1:8

Beschluss 4-7e Qualvolle Weise

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist unter Ausschluss der Gesinnungskomponente durch „in qualvoller Weise“ zu ersetzen.

Angenommen 3:0:12

Beschluss 4-7f Qualvoll

Das Abgrenzungskriterium der grausamen Tatbegehung ist unter Ausschluss der Gesinnungskomponente durch „qualvoll“ zu ersetzen.

Angenommen 5:0:10

4-8. Gemeingefährliche Mittel

Die Diskussionen über dieses Mordmerkmal wurden einerseits durch das Referat von *Rissing-van Saan*, andererseits durch den Alternativ-Entwurf Leben eingeleitet. Danach sei das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Tatbegehung zwar beizubehalten, aber einzuschränken, etwa in Form der Begrenzung auf die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für Leib und Leben Dritter (*Rissing-van Saan*) oder lediglich für das Leben Dritter (Alternativ-Entwurf Leben).

Die überwiegende Mehrheit der Expertengruppe empfahl, das Abgrenzungskriterium unverändert beizubehalten. Die Experten empfanden insoweit die geltende Rechtslage in der Auslegung des Bundesgerichtshofs als im Wesentlichen angemessen. Danach sei ein Mittel gemeingefährlich, wenn es durch seine Anwendung im Einzelfall eine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Personen mit sich bringe. Diese Gefahr müsse zwar nicht konkret sein, es komme aber auf die Verwendung des Mittels in der konkreten Tatsituation an: In dieser Situation müsse eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährdet sein, weil der Täter die Gefahr nicht kontrollieren könne. Andernfalls komme das Mordmerkmal nicht in Betracht, da die abstrakte Gefährlichkeit des Tatmittels nicht ausreiche.

Beschluss 4-8a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Tatbegehung mit gemeingefährlichen Mitteln ist beizubehalten.

Angenommen 13:1:1

Beschluss4-8b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Tatbegehung mit gemeingefährlichen Mitteln ist durch „Schaffung einer konkreten Gefahr für (Leib und/das) Leben Dritter“ zu ersetzen.

Abgelehnt 1:10:4

4-9. Ermöglichungsabsicht

Bei den Diskussionen der Expertengruppe zur Frage der (unveränderten) Beibehaltung der Ermöglichungsabsicht als Abgrenzungskriterium wurden zum Teil vergleichbare Überlegungen angestellt wie zum Merkmal der Verdeckungsabsicht (vgl. Punkt 4-10.). Erwogen wurde insbesondere eine Einschränkung durch den Gesichtspunkt des „Handelns mit Überlegung“.

Letztlich sprach sich jedoch eine große Mehrheit der Mitglieder für eine unveränderte Beibehaltung des als geeignet angesehenen Abgrenzungskriteriums aus.

Beschluss 4-9a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Ermöglichungsabsicht ist beizubehalten.

Angenommen 10:3:2

Beschluss 4-9b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Ermöglichungsabsicht ist zu ändern.

Abgelehnt 1:8:6

4-10. Verdeckungsabsicht

Die Diskussionen der Expertengruppe zu diesem Thema wurden eingeleitet durch ein Referat von *Schneider* „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“. Darin vertrat er die Auffassung, Tötungen zur Verdeckung einer Straftat seien deswegen höchststrafwürdig, weil der Täter der Rechtswahrungsfunktion des Staates (Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 GG) gewaltsam entgegenwirke, also einen kollektiven Grundwert des demokratischen Rechtsstaats angreife. Einem Täter seien lediglich Flucht und Lüge erlaubt. Alles andere instrumentalisiere das Opfer und stehe als sozialschädliche Handlung im direkten Widerspruch zum staatlichen Rechtswahrungsanspruch und rechtfertige somit die Verurteilung wegen Mordes. Die Rechtsprechung setze sich nicht in ausreichendem Maße mit dem Umstand des Vorverschuldens, insbesondere mit der Frage der selbstverschuldeten Bedrängnis auseinander und überbewerte diese mit der Folge, dass sie nicht in das Gesamtkonzept, namentlich im Hinblick auf § 213 StGB, der eine unverschuldete Bedrängnis beschreibe, passe. Die emotional aufgeladene Situation, in der sich der Täter befinde, dürfe sich nicht zu seinen Gunsten auswirken. In diese Situation habe sich der Täter selbst gebracht, weshalb dieser Umstand nicht zur Begründung einer Privilegierung herangezogen werden könne.

Dagegen wurde eingewandt, dass das Handeln in einer – wenn auch selbstverschuldeten – Bedrängnis als Kriterium für eine höchststrafwürdige Tötung nicht geeignet sei, zumal die Straftat, die verdeckt werden solle, nicht zwangsläufig auch objektiv vorliegen, sondern nur in der Vorstellung des Täters existieren müsse. Nachdem der Vorsatz als subjektives Kriterium wegen der Schwierigkeit eines verlässlichen empirischen Nachweises in der Literatur zunehmend normativ verstanden werde, sei es konsequent diese Entwicklung in der Strafrechtsdogmatik auch auf subjektive Mordmerkmale wie die Verdeckungsabsicht anzuwenden und nur folgerichtig, diese nicht lediglich zu ändern, sondern vollends zu streichen.

Ignor äußerte die Auffassung, Verdeckungstötungen seien nur dann als höchststrafwürdig anzusehen, wenn sie „mit Überlegung“ begangen würden. Affektives Handeln überschreite die Schwelle vom Grundfall zur höchststrafwürdigen Tötung nicht. Allerdings verbiete es das verfassungsrechtliche Gebot, die Menschenwürde zu achten, andere Menschen für eigene Zwecke zu instrumentalisieren. Dies sei bei einer Tötung in „Verdeckungsabsicht“ aber erst dann der Fall, wenn sie tatsächlich mit berechnender Überlegung begangen werde und nicht überwiegend affekthaft oder aus einem Konflikt heraus. Das zusätzliche Erfolgsunrecht der Verletzung der Rechtswahrungsfunktion des Staates allein rechtfertige eine Bestrafung wegen Mordes nicht.

Deckers sprach sich für eine Streichung der Verdeckungsabsicht in ihrer aktuellen Form aus. Dieses Mordmerkmal lasse keine Gesamtwürdigung von Tat und Täter zu und weise in Deutschland auch keine kontinuierliche Anwendung auf.

Gegen die einzelnen Positionen wurde in der Diskussion allgemein die Heranziehung der antisozialen Gesinnungseinstellung kritisiert. Hierdurch verschwimme die Orientierung am Rechtsgut Leben sowie die Wahrnehmung des Mordes als Individualschutznorm. Zudem werde die allgemein als privilegierend angesehene Selbstbegünstigungsabsicht (Verdeckungsabsicht) zu Lasten des Täters berücksichtigt. Dabei werde insbesondere die tatsächliche Motivationslage des Täters außer Acht gelassen – wer mit Verdeckungsabsicht töte, handle nicht zwingend mit dem Ziel, eine geordnete Strafrechtspflege zu torpedieren, sondern um sich selbst vor nachteiligen Folgen zu schützen. Eine Differenzierung zwischen Mord und Totschlag danach, ob der Täter „überlegt“ gehandelt habe, sei in Fällen der Verdeckungsabsicht praktisch nur schwer handhabbar. Es seien in der forensischen Praxis selten Täter anzutreffen, die spontan agierten, so dass zumeist eine ausreichende Handlungsmacht verbleibe, die jedoch nicht immer einfach festzustellen sei.

Neben diesen grundsätzlichen Erwägungen diskutierten die Mitglieder der Expertengruppe die Einbeziehung der Verdeckung durch Unterlassen, von Ordnungswidrigkeiten und zu außerstrafrechtlichen Zwecken. Sie sprachen sich mehrheitlich für eine unveränderte Beibehaltung des Abgrenzungskriteriums der Verdeckungsabsicht aus.

Beschluss 4-10a Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

Das Abgrenzungskriterium der Verdeckungsabsicht ist beizubehalten.

Angenommen 11:3:1

Beschluss 4-10b Änderung

Das Abgrenzungskriterium der Verdeckungsabsicht ist zu ändern.

Abgelehnt 3:8:3

4-11. Ergänzung durch weitere Abgrenzungskriterien

Darüber hinaus widmeten sich die Experten der Frage, ob es sich empfiehlt, weitere Abgrenzungskriterien zu normieren.

Grundlage der Erörterungen der Expertengruppe, ob als Alternative zu den bestehenden Mordmerkmalen zur Unterscheidung von Grundfall und höchststrafwürdiger Tötung das bis 1941 im Reichsstrafgesetzbuch normierte Kriterium der Überlegung in Betracht komme, war das Referat von *Safferling* „Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag“. Der Begriff sei dem *code pénal* entlehnt und bereits in den deutschen Partikulargesetzen rezipiert worden. In Form des „mit Überlegung ausführt“ habe er Eingang in das RStGB gefunden. Die straf erhöhend wirkenden Mängel in der Persönlichkeit des Täters kämen dadurch zum Ausdruck, dass dieser eine bewusste Abwägung der für und gegen die Tat sprechenden Umstände vorgenommen und sich gleichwohl zu ihrer Begehung entschieden habe. Daraus begründe sich die härtere Bestrafung im Vergleich zu einem Täter, der diese Überlegung nicht angestellt und damit keinen vergleichbaren Persönlichkeitsmangel gezeigt habe.

Kritisiert wurde, dass sich das Merkmal als konturenlos erwiesen habe und somit nicht dem Bestimmtheitsgebot entspreche. Auch sei eine befriedigende Abgrenzung zum Tötungsvorsatz nicht geglückt. Unabhängig davon stelle sich die Frage der Höchststrafwürdigkeit des Überlegungsmerkmals. Es seien Konstellationen denkbar, in denen der Täter überlegt vorgehe, die Tat als solche jedoch nicht höchststrafwürdig sei. Andererseits bestehe die Gefahr, gewissenlose Täter, die vor der Tatbegehung gerade keine Überlegungen zum „ob“ und „wie“ der Tat anstellten, sondern bedingungs- und überlegungslos zum Tötungshandeln übergingen, zu privilegieren. Zudem werde dadurch, dass die Überlegung ein *factum internum* darstelle, das praktische Problem der Nachweisbarkeit aufgeworfen. Dieser Umstand verschärfe sich angesichts des häufig stattfindenden Prozesses der „Selbstkorrumpierung“, innerhalb dessen sich der Täter nach und nach von der Rechtmäßigkeit der späteren Tötung überzeuge.

Des Weiteren erörterte die Expertengruppe die Aufnahme der Kriterien der Tötung bzw. des Tötungsversuchs an mehreren Menschen und der bandenmäßigen Begehung der Tat.

Im Ergebnis fand sich lediglich für die Aufnahme des Kriteriums der (versuchten) Tötung mehrere Menschen eine Mehrheit. Dies wurde als zwingende Weiterentwicklung des Merkmals der Tatbegehung mittels gemeingefährlicher Mittel angesehen. Die sich in der Anwen-

dung manifestierende Gefahr in Form des (versuchten) Taterfolgs müsse konsequenterweise ebenfalls als höchststrafwürdig gelten.

Beschluss 4-11a Handeln mit Überlegung

Die Abgrenzungskriterien sind durch das selbständige Merkmal „des Handelns mit Überlegung“ zu ergänzen.

Abgelehnt 0:13:2

Beschluss 4-11b Tötung bzw. Tötungsversuch zum Nachteil mehrerer Menschen

Die Abgrenzungskriterien sind durch die vollendete beziehungsweise versuchte Tötung zum Nachteil mehrerer dritter Personen (durch die Tat im Sinne des § 52 Absatz 1 StGB) zu ergänzen.

Angenommen 10:2:3

Beschluss 4-11c Bandenmäßigen Begehung

Die Abgrenzungskriterien sind durch das selbständige Merkmal der Tatbeteiligung durch das Mitglied einer Bande, die sich zur Begehung von Gewaltdelikten zusammengeschlossen hat, zu ergänzen.

Abgelehnt 2:13:0

5. Rechtsfolgen für die höchststrafwürdige Tötung

Die Expertengruppe diskutierte sehr ausführlich die möglichen Rechtsfolgen für die höchststrafwürdige Tötung, die im gegenwärtigen Recht als Mord zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden ist (Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis). In diesem Zusammenhang wurde die vom Bundesgerichtshof entwickelte Rechtsfolgenlösung verschiedenen anderen Überlegungen und Lösungsansätzen gegenübergestellt. Erörtert wurden in diesem Zusammenhang die Einführung einer zeitigen neben der lebenslangen Freiheitsstrafe und die damit verbundene Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses sowie unterschiedliche Strafmilderungslösungen.

5-1. Lebenslange Freiheitsstrafe

Vor dem Hintergrund rechtsvergleichender Betrachtungen und der Analyse der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1977 ging die Expertengruppe der Frage nach, ob am Konzept der lebenslangen Freiheitsstrafe festzuhalten sei. Schäden aufgrund langer Inhaftierung, die gegen eine Verhängung dieser Sanktion sprechen würden, seien bislang empirisch nicht erforscht. Aktuell zwingen weder der Vergleich mit anderen Rechtsordnungen noch internationale Vorgaben zu einer Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

Als Argument für die Streichung der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktion wurde insbesondere ins Feld geführt, dass das Grundgesetz wertefordernd an die Bevölkerung herantrete und formuliere, dass die Schuld des Täters stets zu berücksichtigen sei. Der Gesetzgeber müsse deshalb den Stellenwert der Schuld bei der Schaffung des Straftatbestandes berücksichtigen. Die lebenslange Freiheitsstrafe sei – unbeschadet des § 57a StGB – eine im Wortsinne grenzenlose Strafe. Eine korrespondierende grenzenlose Schuld sei jedoch nicht nur praktisch nicht feststellbar, sondern auch straftheoretisch nicht begründbar; der Rechtsstaat könne nur in den Grenzen seiner rational begründbaren Möglichkeit Schuld zuschreiben, was für eine Rechtfertigung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht ausreiche. Entsprechend sieht der Regelungsvorschlag von *Ignor* als Sanktion für den Mord (§ 212 StGB-E) eine Freiheitsstrafe von zehn bis zu 30 Jahren vor.

Gegen die Streichung der lebenslangen Freiheitsstrafe wurde hingegen vorgebracht, dass die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord sozialetisch gleichsam die „Leitwährung“ des Strafrechts sei und mit ihrer „Kommunikations-, Symbol- und Signalfunktion“ – insoweit an die

Stelle der früheren Todesstrafe tretend – wichtige integrative Aufgaben erfülle. Sie bekräftige den absoluten Geltungsanspruch des Tötungstabus und berücksichtige die Vergeltungserwartungen der Allgemeinheit. Gerade das Strafrecht und hier insbesondere das Tötungsstrafrecht seien mit den allgemeinen Vorstellungen in der Bevölkerung über Inhalt und Schutzbedürftigkeit der Existenzwerte ungleich mehr verbunden als jedes andere Rechtsgebiet. Insoweit sei zu konstatieren, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nach wie vor einen starken gesamtgesellschaftlichen Rückhalt besitze, was für die notwendige Akzeptanz einer (Neu-)Regelung der Tötungsdelikte von besonderer Bedeutung sei. Diesen Aspekt sahen auch diejenigen Experten, die grundsätzlich zu einer Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe tendierten. Einige von ihnen stimmten deshalb aus pragmatischen Gründen für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

Beschluss 5-1 Lebenslange Freiheitsstrafe

Die lebenslange Freiheitsstrafe ist für die höchststrafwürdige Tötung beizubehalten.

Angenommen 11:0:4

5-2. Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis

Damit stellte sich in einem zweiten Schritt die Frage nach der Aufhebung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses.

Im Rahmen der Diskussion bildete sich die Meinung heraus, die Aufhebung der aktuell bestehenden Exklusivität der lebenslangen Freiheitsstrafe als einziger Sanktionsform für eine höchststrafwürdige Tötung entlaste den Rechtsanwender. Die Flexibilität, die durch das Entfallen der zwingenden Verknüpfung von Mordmerkmal und lebenslanger Freiheitsstrafe entstehen würde, zwänge die Gerichte nicht länger, die Einzelfallgerechtigkeit im Wege der psychiatrischen Begutachtung und Anwendung der §§ 20, 21 StGB herzustellen. Eine Abwertung des Lebensschutzes sei mit der Aufhebung der Exklusivität nicht verbunden, da bereits nach aktueller Rechtslage die lebenslange Freiheitsstrafe keinesfalls in allen Mordfällen verhängt (§ 21 StGB) beziehungsweise vollstreckt (§ 57a StGB) werde.

Demgegenüber spreche für die Beibehaltung der aktuellen Rechtslage, dass alle bisher untersuchten Mordmerkmale durch das Bundesverfassungsgericht in ihrer heutigen Verwendung gebilligt worden seien, so dass die jetzige Rechtslage in ihrer Ausformung durch den Bundesgerichtshof mit der Werteordnung des Grundgesetzes übereinstimme. Die lebenslange Freiheitsstrafe sei eine klare symbolische Aussage des Gesetzgebers zum Schutz des Lebens. Dieser Status quo sei alternativlos. Der Täter müsse in Fällen gesteigerten Tötungsunrechts mit der Höchststrafe sanktioniert werden und diese Höchststrafe müsse für eine gestalthafte Wahrnehmung eindeutig sein – als absolute Strafe. Zudem sei zu befürchten, dass andernfalls das Niveau der verhängten Strafen sinke.

Gleichwohl entschied sich die Expertengruppe mit großer Mehrheit dafür zu empfehlen, von der Exklusivität der lebenslangen Freiheitsstrafe abzurücken.

Beschluss 5-2 Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis

Die Verwirklichung eines Abgrenzungsmerkmals auf Tatbestandsebene, das zur Einordnung eines Tötungsdeliktes als höchststrafwürdig führt, wird weiterhin zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht.

Abgelehnt 1:13:1

5-3. Umsetzung der Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses

Das angestrebte Ergebnis der Auflösung der zwingenden Verbindung zwischen Verwirklichung des Mordmerkmals und Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe lässt sich nach Auffassung der Expertengruppe auf mehreren Wegen erreichen:

1. durch die Einführung einer Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle
2. durch die fakultative Androhung zeitiger neben lebenslanger Freiheitsstrafe
3. durch die Einführung eines Privilegierungstatbestandes für Fälle erheblich verminderter Unrechts oder erheblich verminderter Schuld

Hinzu trete das Regelbeispielskonzept, da Regelbeispielen keine zwingende, sondern nur eine indizielle Wirkung für das Vorliegen einer höchststrafwürdigen Tötung zukomme. Da das Regelbeispielskonzept bereits mit Beschluss 1-2b mehrheitlich abgelehnt wurde, wurde es an dieser Stelle nicht erneut zur Diskussion gestellt.

Zunächst widmete sich die Expertengruppe der Frage, ob sich die Einführung von minder schweren Fällen empfehle. Damit würde der Tatbestand der höchststrafwürdigen Tötung dahingehend geöffnet, dass zwar weiterhin der Schuldspruch auf Mord lauten würde - der den sozialetischen Vorwurf auch zutreffend wiedergebe -, im Rahmen der Strafzumessung jedoch das Maß der Schuld Berücksichtigung finden könne.

Nach Ansicht der Mehrheit der Expertengruppe berge die Konturenlosigkeit einer Öffnung der Strafzumessungsskala nach unten das Risiko, dass sich der Mordtatbestand zum reinen Richterrecht entwickle und es fortan allein der Rechtsprechung zufiele, festzulegen, welche konkreten Umstände den Einzelfall zum höchststrafwürdigen und zugleich auch höchstanktionierten Mord machten. Damit begeben sich der Gesetzgeber jedoch seiner ureigenen Aufgabe. Schon die Verwendung der Begrifflichkeit des „minder schweren Falles des Mordes“ sei außerdem problematisch, weil ein absolutes Unrecht relativiert werde. Zudem sei eine solche Formulierung gesellschaftspolitisch, insbesondere aber den Opfern im Falle des Versuchs beziehungsweise den Angehörigen im Falle des Erfolgs nicht vermittelbar.

Das Argument der Konturenlosigkeit wurde auch gegen die fakultative Androhung von zeitiger neben lebenslanger Freiheitsstrafe, die einen Strafrahmen eröffnen würde, vorgebracht.

Letztlich entschied sich eine Mehrheit der Expertengruppe – unter einer Vielzahl von Enthaltungen – dafür zu empfehlen, das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis nur für Fälle erheblich herabgesetzten Unrechts beziehungsweise erheblich herabgesetzter Schuld aufzulösen. Für diese Fälle solle an die Stelle der lebenslangen eine zeitige Freiheitsstrafe angedroht werden.

Über die Beschlüsse 5-3a bis 5-3c wurde unabhängig von einer Festlegung auf eines der Grundmodelle (vgl. dazu die Beschlüsse 1-1 bis 1-2b) abgestimmt.

Beschluss 5-3a Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle

Das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis ist durch eine Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle aufzulösen.

Abgelehnt 0:5:9

Beschluss 5-3b Fakultative Androhung zeitiger Freiheitsstrafe

Das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis ist durch eine neben der lebenslangen Freiheitsstrafe angedrohte zeitige Freiheitsstrafe aufzulösen.

Abgelehnt 5:7:3

Beschluss 5-3b1 Mindeststrafe von zehn Jahren

Für den Fall, dass neben die lebenslange eine zeitige Freiheitsstrafe treten soll, ist eine Mindeststrafe von zehn Jahren vorzusehen.

Unter der genannten Bedingung angenommen 7:6:2

Beschluss 5-3b2 Mindeststrafe von acht Jahren

Für den Fall, dass neben die lebenslange eine zeitige Freiheitsstrafe treten soll, ist eine Mindeststrafe von acht Jahren vorzusehen.

Abgelehnt: 6:8:1

Beschluss 5-3c Privilegierung

Das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis ist durch Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe für Fälle erheblich herabgesetzten Unrechts beziehungsweise erheblich herabgesetzter Schuld aufzulösen.

Angenommen 5:0:9

5-4. Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe

Die Expertengruppe setzte sich auch mit der Frage auseinander, ob neben der lebenslangen Freiheitsstrafe weiterhin die Möglichkeit bestehen solle, Sicherungsverwahrung anzuordnen.

Dafür sprechen nach Ansicht der Experten folgende Erwägungen: Grundsätzlich beruhe die Vollstreckung lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe auf identischen dogmatischen Ausgangsüberlegungen. In beiden Fällen erfolge der letzte Teil des Vollzuges nach den insoweit gleichlaufenden gesetzlichen Vorgaben zwar ausschließlich bei fortbestehender Gefährlichkeit des Verurteilten, es werde damit aber immer auch noch die schuldangemessene Strafe vollstreckt. Da sich die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe also bis zuletzt am Schuldgehalt der Tat orientieren müsse, käme daneben grundsätzlich Sicherungsverwahrung in Betracht, wenn es sich um ein über den Schuldausgleich hinausgehendes Sicherungsinteresse handle.

Gleichwohl sprachen sich die Experten mehrheitlich gegen die Möglichkeit der Verhängung der Sicherungsverwahrung neben der lebenslangen Freiheitsstrafe aus.

Beschluss 5-4 Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe

Neben lebenslanger Freiheitsstrafe ist die Verhängung der Sicherungsverwahrung möglich.

Abgelehnt 4:6:4

6. Unbenannter besonders schwerer Fall des Grundtatbestandes

Die Diskussionen der Expertengruppe hatten auch den besonders schweren Fall des Totschlages nach § 212 Absatz 2 StGB zum Gegenstand.

Die Vorschrift werde in der Praxis nur selten angewandt, da ein besonders schwerer Fall des Totschlages nur schwer begründbar sei. Das Gericht müsse einerseits darlegen, dass kein Mordmerkmal, andererseits aber eine ähnlich gelagerte Situation vorliege. Dieses Dilemma spreche für eine Streichung dieser Vorschrift.

Für die Beibehaltung der geltenden Regelung wurde insbesondere vorgebracht, dass es angesichts der gravierenden Schuld und häufig auch herausragenden Bedeutung der insoweit in Betracht kommenden Tötungsfälle nicht auf deren Häufigkeit ankommen könne. Gerade die tatplanmäßig verknüpfte Tötung mehrerer Tatopfer in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang könne Fällen des Mordes gleichstehen, so dass die Verhängung der für Mord vorgesehenen Höchststrafe geboten sei. Das gelte auch (und gerade), wenn man tateinheitlich begangene Tötungen oder Tötungsversuche zum Nachteil mehrerer Menschen als Fall des Mordes einführen wolle. Nachdem die Rechtsprechung der Annahme von Tateinheit bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen bisweilen sehr zurückhaltend gegenüber stehe, sei es geboten, auch unter den genannten Voraussetzungen weiterhin die Möglichkeit vorzusehen, die Tat mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden.

Im Ergebnis sprach sich eine knappe Mehrheit der Expertengruppe für die Beibehaltung eines besonders schweren Falles des Grundtatbestandes aus, wobei kein Anlass zur inhaltlichen oder sprachlichen Änderung gesehen wurde.

Beschluss 6-1 Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

§ 212 Absatz 2 StGB ist beizubehalten.

Angenommen 5:4:2

Beschluss 6-2 Änderung

§ 212 Absatz 2 StGB ist zu ändern.

Abgelehnt 1:5:5

7. Minder schwerer Fall des Grundtatbestandes

Die Expertengruppe beschäftigte sich intensiv mit der Frage, ob und in welchen Fallkonstellationen vom Grundfall der vorsätzlichen Tötung (im geltenden Recht § 212 StGB – Totschlag) „nach unten“ abgewichen werden könne beziehungsweise müsse. Neben den Fällen der Provokation und der Verzweiflung nahm dabei die Diskussion zur „Kindestötung“ auf der Grundlage des Gastvortrags von *Pisal* den größten Raum ein.

Diese führte aus, dass der entfallene § 217 StGB die besondere Ausnahmesituation mancher Täterinnen adäquat wiedergespiegelt habe. Die Streichung der Privilegierungsnorm habe zu einer bedenklichen Entwicklung geführt. Der Wegfall der Sperrwirkung ermögliche nunmehr auch eine Verurteilung wegen Mordes. Anders als der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes dies erwartet habe, führe die psychische Ausnahmesituation der entbindenden Mutter nicht regelmäßig zur Annahme eines minder schweren Falles, sondern werde umgekehrt sogar als Begründung dafür herangezogen, den niedrigen Beweggrund der krasen Selbstsucht anzunehmen. Tatsächlich seien entsprechende (seltene) Fälle nahezu durchweg davon gekennzeichnet, dass die Täterinnen sehr jung seien, die Schwangerschaft verleugneten, von der Geburt überrascht würden und aus prekären Verhältnissen stammten sowie die Tötung des Kindes unmittelbar während oder nach der Geburt erfolge. Hierfür sei eine Verurteilung wegen Mordes nicht angemessen. Viele ausländische Rechtsordnungen hielten deshalb weiterhin an entsprechenden Vorschriften fest.

Dagegen wurde vorgebracht, dass die aktuelle Handhabung durch die Rechtsprechung dem Einzelfall wesentlich gerechter werde, als dies noch unter den Vorgaben des entfallenen § 217 StGB möglich war, da auch im Falle wiederholter Tötung von Neugeborenen von der zwingenden Privilegierung Gebrauch gemacht werden musste. Auch lasse sich in der kriminalistischen Praxis nur selten eine Überforderung der Täterinnen feststellen. Vielmehr liege den meisten Tatbegehungen Planung und Kalkül zugrunde. Es sei eine emotionale Kälte der Täterinnen feststellbar.

Letztlich entschieden sich die Mitglieder einstimmig – bei wenigen Enthaltungen – dagegen, ein Wiederaufgreifen des Privilegierungsgedanken des entfallenen § 217 StGB zu empfehlen. Sie sprachen sich aber mehrheitlich für die Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falles aus, wenn das Opfer den Täter zum Zorn gereizt oder dieser aus schierer Verzweiflung gehandelt hat. Vom Anwendungsbereich der Vorschrift solle nach Meinung

einer knappen Mehrheit die höchststrafwürdige Tötung ausgenommen sein. Nach Auffassung der großen Mehrheit der Mitglieder der Expertengruppe solle eine entsprechende Regelung eine Mindeststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe vorsehen, um nur noch in seltenen Ausnahmefällen von der Strafaussetzung zur Bewährung Gebrauch machen zu können. *Ignor* sprach sich mit Blick auf die häufig schwerwiegenden Konfliktlagen gegen eine solche Anhebung der in § 213 StGB vorgesehenen Strafuntergrenze aus.

Beschluss 7-1 Grundsätzliche Beibehaltung des Kernbereichs

§ 213 StGB ist beizubehalten.

Angenommen 13:0:1

Beschluss 7-2 Änderung

§ 213 StGB ist zu ändern.

Angenommen 12:0:1

Beschluss 7-3 Abschließender Katalog

Der Katalog einer § 213 StGB entsprechenden Regelung ist – unter Ausschluss eines unbenannten minder schweren Falles – abschließend zu regeln.

Angenommen 8:2:3

Beschluss 7-4a Provokation durch Rechtsverletzung

In den Katalog einer § 213 StGB entsprechenden Regelung ist die Provokation in Form von „wurde dem Täter oder einer ihm nahestehenden Person, ohne eigenes Zutun vom Getöteten eine schwere Beleidigung, Misshandlung oder andere Rechtsverletzung zugefügt und jener hierdurch unmittelbar zur Tat veranlasst“ aufzunehmen.

Abgelehnt 4:7:3

Beschluss 7-4b Reizung zum Zorn

In den Katalog einer § 213 StGB entsprechenden Regelung ist die Provokation in Form von „wurde der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person zugefügten Misshandlung oder schweren Beleidigung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbar heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen“ aufzunehmen.

Angenommen 9:5:0

Beschluss 7-4c Kindestötung

In den Katalog einer § 213 StGB entsprechenden Regelung ist die Kindestötung in oder gleich nach der Geburt durch die Mutter im Sinne des § 217 StGB a.F. aufzunehmen.

Abgelehnt 0:11:3

Beschluss 7-4d Verzweiflung

In den Katalog einer § 213 StGB entsprechenden Regelung ist die Verzweiflung in Form von „handelt der Täter, um sich oder einen Angehörigen oder eine ihm nahestehende Person aus einer unverschuldeten oder ihm ausweglos erscheinenden [und allgemein begreiflichen] Zwangs-/Konfliktlage zu befreien“ aufzunehmen.

Angenommen 10:1:3

Beschluss 7-5 Anwendungsbereich

Eine § 213 StGB entsprechende Regelung findet nur auf den Grundfall, nicht aber die höchststrafwürdige Tötung Anwendung.

Angenommen 8:6:0

Beschluss 7-6 Mindeststrafe

Die Mindeststrafe für eine § 213 StGB entsprechende Regelung wird auf zwei Jahre Freiheitsstrafe angehoben.

Angenommen 9:3:2

8. Schwere der Schuld

Im Rahmen ihrer Erörterungen hatte sich die Expertengruppe auch mit der Frage nach der allgemeinen Beibehaltung des § 57a StGB (insbesondere Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) und dessen konkreter inhaltlicher Ausgestaltung zu beschäftigen. Grundlage der Diskussionen war das Referat von *Rieker-Müller* und *Schady*, die eine Streichung allenfalls dann als möglich erachteten, wenn auf die Sanktionsform der lebenslangen Freiheitsstrafe insgesamt verzichtet werde. Die Existenzberechtigung leite sich nach wie vor aus der Fixierung und Verrechtlichung des etablierten Gnadenwesens in der Form der Forderung des Bundesverfassungsgerichtes ab, dass jedem Gefangenen – auch dem, der mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe sanktioniert wurde – von Verfassungs wegen „grundsätzlich die Chance verbleiben [müsse], je wieder seine Freiheit wiedererlangen zu können“. Die aktuelle Ausgestaltung des § 57a StGB wurde von ihnen jedoch als reformbedürftig angesehen.

Diesen Auffassungen stimmte die Expertengruppe mehrheitlich zu. In der an das Referat anschließenden Diskussion wurde die gesamte Bandbreite an Meinungen von der Streichung der Schuldschwereklausel bis hin zur klarstellenden Überarbeitung vertreten.

8-1. Beibehaltung der Schuldschwereklausel

Eine ersatzlose Streichung dieses nach aktueller Rechtslage einzigen „Strafzumessungsmittels“ im Wege einer unterschiedlichen Vollstreckung kam für eine knappe Mehrheit der Mitglieder der Expertengruppe nicht in Betracht. Maßgebliches Argument dafür war, dass nach geltender Rechtslage die Schuldschwereklausel des § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB die Möglichkeit eröffne, zwischen Einzelfällen des Mordes differenzieren zu können.

Beschluss 8-1 Beibehaltung der Schuldschwereklausel

Die Schuldschwereklausel in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB ist beizubehalten.

Angenommen 8:7:0

8-2. Konkretisierung der besonderen Schwere der Schuld

Eine knappe Mehrheit der Expertengruppe sprach sich – bei einer Vielzahl von Enthaltungen – für eine gesetzliche Konkretisierung der Schwere der Schuld in Form einer exemplarischen Aufzählung aus. Durch die Kasuistik der Rechtsprechung sei zwar versucht worden, den Wesensgehalt der Schuldschwere zu bestimmen und zu einer Vereinheitlichung der Anwen-

derung beizutragen. Dieser Ansatz habe sich aber als wenig erfolgreich erwiesen. Zur Erhöhung der Transparenz sei eine gesetzliche Konkretisierung deshalb sinnvoll.

Beschluss 8-2a Gesetzliche Normierung

Die Faktoren, die die besondere Schwere der Schuld begründen können, sind ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

Angenommen 3:2:9

Beschluss 8-2b Abschließender Katalog

Die Normierung der Faktoren, die die besondere Schwere der Schuld begründen können, erfolgt als abschließender Katalog.

Abgelehnt 0:5:9

Beschluss 8-2c Exemplarische Aufzählung

Die Normierung der Faktoren, die die besondere Schwere der Schuld begründen können, erfolgt als exemplarische Aufzählung.

Angenommen 3:1:10

8-3. Begrenzung der Mindestverbüßungsdauer

Einstimmig – bei Enthaltungen – wurde die Notwendigkeit einer gesetzlichen Begrenzung der Mindestverbüßungsdauer verneint.

Beschluss 8-3 Begrenzung der Mindestverbüßungsdauer

Die Dauer der aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist gesetzlich zu begrenzen.

Abgelehnt 0:10:4

8-4. Gerichtliche Zuständigkeit

Erörtert wurde auf der Grundlage des eingangs erwähnten Referats auch die Frage, welches Gericht für eine entsprechende Entscheidung zuständig sein solle.

Einstimmig – bei Enthaltungen – sprachen sich die Mitglieder der Expertengruppe gegen eine Zuständigkeit des Tatgerichtes und für eine solche der Strafvollstreckungskammer aus.

Die Festlegung der Höchstdauer der Vollstreckung aufgrund der Schwere der Schuld im Rahmen der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch das Tatgericht sei politisch wie gesellschaftlich schwer vermittelbar. Das Urteil werde durch solche Nebenentscheidungen zur Vollstreckung auch unnötig kompliziert und sein Wesensgehalt verwässert. Zwar könne das Tatgericht eine Festlegung der *Mindestverbüßungsdauer* im erkennenden Urteil vornehmen, da sich diese allein nach der Schuld richte, die Entscheidung über die *Höchstdauer* sei jedoch Sache der Strafvollstreckungskammer, die auch den Vollzugsverlauf zu berücksichtigen habe.

Beschluss 8-4 Gerichtliche Zuständigkeit

Die Dauer der aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist bereits durch das Tatgericht festzulegen.

Abgelehnt 0:10:4

8-5. Zeitpunkt der Entscheidung

Daran schloss sich die Frage an, zu welchem Zeitpunkt eine solche Entscheidung zu treffen sei. Insbesondere wurde diesbezüglich als misslich angesehen, dass es mangels planbaren Entlassungstermins nur schwer möglich sei, das erforderliche Behandlungsprogramm zu erstellen und den Betroffenen zur Mitarbeit zu motivieren. Eine frühe Entscheidung der Strafvollstreckungskammer (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB und § 454 Absatz 1 Satz 4 Nummer 2 Buchstabe b StPO) – zum Beispiel nach einer Verbüßungsdauer von fünf Jahren – könne hier nach Meinung einer Mehrheit der Mitglieder eine Perspektive eröffnen.

Beschluss 8-5 Zeitpunkt der Entscheidung

Die Dauer der aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist durch das Vollstreckungsgericht zu einem früheren als dem in § 454 Absatz 1 Satz 4 Nummer 2b StPO genannten Zeitpunkt – zum Beispiel fünf Jahre nach Beginn der Inhaftierung – festzulegen.

Angenommen 5:1:8

9. Privilegierter Vollzug

Erörtert wurde von den Experten, ob ein privilegierter Behandlungsvollzug wie in der Sicherungsverwahrung erforderlich sei, wenn die Vollstreckung nur noch wegen vermuteter Gefährlichkeit erfolge, und ob sich insbesondere dessen Ausgestaltung am Abstandsgebot zu orientieren habe.

Eine vollständige Gleichbehandlung mit den Sicherungsverwahrten sei dogmatisch schwierig, da der „hybride“ Charakter der lebenslangen Freiheitsstrafe eben auch Schuldausgleich, also Strafe beinhalte. Denkbar wäre eine Ausdehnung (lediglich) des Regelungsgehalts des § 119a StVollzG auf lebenslang Inhaftierte. Damit wären zugleich Modifikationen gegenüber der geltenden strafvollzugsbegleitenden gerichtlichen Kontrolle bei Strafhaft vor Sicherungsverwahrung verknüpfbar, beispielsweise der Beginn der vollzugsbegleitenden gerichtlichen Kontrolle bei lebenslanger Freiheitsstrafe erst fünf Jahre vor Ablauf der Mindestverbüßungszeit. So sei einerseits verdeutlicht, dass es sich beim Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zur Haftentlassung um Strafvollzug handle, andererseits werde dieser Vollzug im Hinblick auf seine Fortdauer (allein) wegen vermuteter Gefährlichkeit durch eine gerichtliche Kontrolle ähnlich derjenigen bei der Sicherungsverwahrung flankiert.

Die Expertengruppe sprach sich ohne Gegenstimme gegen einen solchen privilegierten Vollzug aus. Insoweit wurde darauf verwiesen, dass zwischen Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe grundlegende Unterschiede nach Legitimation und Zwecksetzung bestünden, die einer Übertragung von – auch durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellten – Regelungen zur Sicherungsverwahrung auf die Freiheitsstrafe prinzipiell entgegenstünden.

Beschluss 9 Privilegierter Vollzug

Der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe über die aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld resultierende Dauer hinaus erfolgt nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht für den Vollzug der Sicherungsverwahrung aufgestellt hat.

Abgelehnt 0:7:7

10. Folgeänderungen für Schwurgerichtssachen

Neben dem materiell-strafrechtlichen Schwerpunkt der Thematik setzte sich die Experten-Gruppe auch mit strafprozessualen Fragestellungen auseinander, die zwar nicht allein die hier behandelte Materie zum Gegenstand haben, mit dieser jedoch eng verbunden sind. Um dies zum Ausdruck zu bringen, wird auch nicht auf die Regelungen in Gänze, sondern nur in Bezug auf Schwurgerichtssachen eingegangen. Ausgangspunkt der Beratungen zu diesen Punkten war das Referat von *König*, der eine Verbesserung der Beweisaufnahme, eine stärkere Partizipation des Verteidigers sowie eine Zweiteilung der Hauptverhandlung mittels Zäsur durch ein Tatinterlokut vorschlug. Diese Positionen trafen in den Diskussionen einerseits auf Zustimmung, andererseits aber auch auf entschiedene Ablehnung.

10-1. Audio-visuelle Dokumentation

König führte aus, audio-visuelle Dokumentationen seien bereits nach derzeitiger Rechtslage zulässig, jedoch nicht verpflichtend. Durch sie lasse sich zum Beispiel ausschließen, dass im Wege der Vernehmung eine Verdachtshypothese suggestiv in die Ermittlung einfließe. Der Preis hierfür sei ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte. Daher empfehle sich eine Differenzierung nach dem Status als Beschuldigter beziehungsweise als Zeuge, sowie bei letzterem dahingehend, ob die Aussage voraussichtlich von hervorgehobener Bedeutung sein werde oder nicht.

Die Vorteile der audio-visuellen Dokumentation sah eine Mehrheit der Mitglieder als über die damit verbundenen Nachteile hinausgehend an und sprach sich für eine Pflicht zur audio-visuellen Dokumentation aus. Demgegenüber verwies die Gegenmeinung unter anderem darauf, dass Vernehmungen teilweise auch unter Bedingungen stattfänden, die einer Videovernehmung nicht ohne weiteres zugänglich seien und diese Möglichkeiten (z.B. Vernehmungen „vor Ort“) dann abgeschnitten würden. Dies könne nicht im Interesse einer wirksamen Strafrechtspflege sein, deren Bedeutung vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben werde.

Beschluss 10-1 Audio-visuelle Dokumentation

Für Ermittlungsverfahren, die einen zum Katalog der Schwurgerichtssachen gehörenden Tatvorwurf zum Gegenstand haben, ist eine Pflicht zur audio-visuellen Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung in die StPO aufzunehmen.

Angenommen 9:5:1

10-2. Stärkere Partizipation des Verteidigers

Die Dynamik der Ermittlungen in Tötungsdelikten mache eine frühzeitige Verteidigung des Beschuldigten erforderlich. Daher, wegen der Schwere des Vorwurfs und der entsprechend zu erwartenden Rechtsfolgen sah eine knappe Mehrheit der Mitglieder es als erforderlich an, die Verteidigerrechte zum Beispiel im Bereich der notwendigen Verteidigung auszuweiten. Zwar werde hierdurch das Recht des Beschuldigten auf die freie Wahl eines Verteidigers eingeschränkt. Jedoch könne nur auf diesem Weg verhindert werden, dass der Beschuldigte zum Objekt des Verfahrens werde. Demgegenüber sah die Gegenauffassung keine zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Subjektstellung des Beschuldigten durch die Regelungen des geltenden Rechts und dessen Praktizierung in Frage gestellt werde und sich der Gesetzgeber zu paternalistischen Rechtseingriffen herausgefordert sehen müsse.

Beschluss 10-2 Stärkere Partizipation des Verteidigers

Für Ermittlungsverfahren, die einen zum Katalog der Schwurgerichtssachen gehörenden Tatvorwurf zum Gegenstand haben, ist eine stärkere Partizipation des Verteidigers (Bestellung als notwendiger Verteidiger vor der ersten Beschuldigtenvernehmung, Anwesenheitsrechts bei der Beschuldigten- [und Zeugen-]vernehmung, etc.) in die StPO aufzunehmen.

Angenommen 7:5:3

10-3. Tatinterlokut

Nach den Ausführungen von *König* betrete man neues Terrain, wenn man – wie im Schweizer Recht – eine Zweiteilung der Hauptverhandlung durch eine Zwischenentscheidung in Form eines Interlokuts, das sich ausschließlich zur Frage der Tat verhalte, einführe. Einerseits führe die Trennung dazu, dass nach erfolgter Entscheidung zur Tat die Persönlichkeitsexploration wesentlich freier erfolgen und das Verteidigerdilemma (Hilfsanträge) gelöst werden könne. Andererseits sei bislang nicht geklärt, wie mit doppelrelevanten Tatsachen, die die Tat und die Schuld betreffen, und mit der horizontalen Teilrechtskraft umzugehen sei. Diese Kritikpunkte höher bewertend als die Vorteile sprach sich eine knappe Mehrheit gegen die Einführung eines Tatinterlokuts aus.

Beschluss 10-3 Tatinterlokut

In Schwurgerichtsverhandlungen ist eine Zweiteilung mittels Tatinterlokuts vorzunehmen.

Abgelehnt 5:6:4

11. Anregung für sonstige Folgeänderungen

Ausgehend von der Feststellung, dass in den letzten Jahren eine gewisse Korrelation zwischen der Anzahl der Tötungsdelikte in der Polizeilichen Kriminalstatistik und der Anzahl angeordneter Obduktionen feststellbar sei, beschäftigte sich die Expertengruppe auch mit der Frage der Aufhellung des Dunkelfeldes bei Tötungsdelikten. Grundlage der Erörterungen war der Gastvortrag von *Rothschild*. Demnach unterbleibe die Anordnung einer an sich erforderlichen Obduktion zumeist deswegen, weil es an einer qualitativ hochwertigen Leichenschau fehle und Indizien für ein Tötungsdelikt durch medizinische Laien (Kriminaldauerdienst) oder fachfremde Mediziner ohne praktische Erfahrung übersehen würden.

Eingedenk dessen sprach sich die Expertengruppe geschlossen für die Anregung aus, einen Indikationenkatalog in die Richtlinien für das Straf- und das Bußgeldverfahren aufzunehmen mit dem Ziel, in „typischen“ Fallkonstellationen grundsätzlich die Obduktion anzuordnen und damit eine einheitliche Handhabung in ganz Deutschland herbeizuführen.

Beschluss 11 Anregung für sonstige Folgeänderungen

Zur Vereinheitlichung der Anordnungspraxis von Obduktionen ist ein Indikationenkatalog in die Richtlinie für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren aufzunehmen.

Angenommen 15:0:0

V. Zusammenfassung der Referate der Mitglieder

Die Zusammenfassung der Inhalte der Referate soll einen schnellen Zugang zu den Positionen der einzelnen Mitglieder der Expertengruppe gewährleisten.

1. RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers

Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB

Das Referat widmet sich den Konsequenzen aus sowie der Art und Weise der Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 45, 187). Der Bundesgerichtshof ist zwar dem Gebot des restriktiven Verständnisses der Mordmerkmale nachgekommen, hat sich hierzu jedoch nicht der vorgeschlagenen Auslegungskriterien des „verwerflichen Vertrauensbruchs“ und der „besonderen Verwerflichkeit der Tat“ bedient. Vielmehr orientieren sich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs an hiervon grundverschiedenen Eingrenzungsmerkmalen. Als bedeutend werden die „Zeitregel“ sowie das Erfordernis des „Ausnutzungsbewusstseins“ genannt.

Zum Merkmal der Verdeckung in § 211 Absatz 2 StGB

Ergebnisse des Referats sind die Streichung der Verdeckungsabsicht in ihrer heutigen Form und die Einführung von Regelbeispielen beziehungsweise eines Systems, das eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter – auch im Hinblick auf die Verdeckungsabsicht – zulässt. Es wird darauf hingewiesen, dass in Deutschland kein kontinuierliches Verständnis der Verdeckungsabsicht als Mordmerkmal feststellbar und die vom Bundesverfassungsgericht geforderte restriktive Auslegung in praxi nicht umgesetzt ist. Die meisten Mordmerkmale – so auch die Verdeckungsabsicht – sind in hohem Maße von der Einlassung des Täters abhängig. Dieser Umstand ist nicht ohne Einfluss auf die Beschuldigtenvernehmung, in der die Gefahr besteht, dass Mordmerkmale suggestiv projiziert und damit erst in das Verfahren eingeführt werden. Damit wird eine effiziente Verteidigung in erheblichem Maße erschwert.

2. Prof. Dr. Dieter Dölling

Zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis

Zur Frage der Anwendung der Mordmerkmale in der Praxis liegen nur wenige Untersuchungen mit begrenzten Fallzahlen vor. Die Befunde müssen daher mit großer Vorsicht interpretiert werden. Nach den Kriminalstatistiken sind die vorsätzlichen Tötungsdelikte in den letz-

ten Jahren in Deutschland zurückgegangen. Die Erscheinungsformen der vorsätzlichen Tötungskriminalität sind vielfältig. Um ihnen gerecht zu werden, bedarf es einer hinreichend differenzierten strafrechtlichen Regelung. Die Mordmerkmale, die in der Strafrechtspraxis am häufigsten zur Anwendung kommen, sind Heimtücke, Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, Habgier und sonstige niedrige Beweggründe. Werden die Fälle betrachtet, in denen nur ein einziges Mordmerkmal vorliegt, stehen die Mordmerkmale der Heimtücke, der Verdeckungsabsicht und des sonstigen niedrigen Beweggrundes im Vordergrund. Trotz der recht weiten Auslegung des Heimtückemerkmals durch die Rechtsprechung gibt es zahlreiche Tötungsdelikte, in denen die Gerichte das Merkmal der Heimtücke verneinen. Die Beurteilung der Frage, ob ein niedriger Beweggrund vorliegt, wird häufig dadurch erschwert, dass der Tat mehrere Motive zugrunde liegen. Einzelnen Motiven kommt kaum eine Indizfunktion für die Bejahung eines niedrigen Beweggrundes zu. In „Ehrenmordfällen“ bejahen die Gerichte nur teilweise einen niedrigen Beweggrund. Bei der Tötung von Kindern dominieren unter den bejahten Mordmerkmalen der niedrige Beweggrund, die Heimtücke und Verdeckungsabsicht, die nicht selten als alleiniges Mordmerkmal angenommen werden. Die Diskussion um die Abschaffung bestimmter Mordmerkmale hat somit erhebliche praktische Bedeutung.

3. Prof. Dr. Anette Grünewald

Grundkonzeption der Tötungsdelikte

Der Beitrag befürwortet ein Privilegierungskonzept zur Abstufung vorsätzlicher Tötungstatbestände. Mord ist danach die (einfache) vorsätzliche Tötung und damit der Grundtatbestand. Als Privilegierungen fungieren der Totschlag und die Tötung auf Verlangen. Beide Privilegierungsnormen zeichnen sich durch einen verringerten Unrechtsgehalt aus, der darin begründet liegt, dass dem Opfer eine partielle Verantwortung am Tatgeschehen zugeschrieben werden kann. Im Mordtatbestand ist neben der lebenslangen eine zeitige Freiheitsstrafe anzuordnen. Denn eine zwingend angeordnete lebenslange Freiheitsstrafe liefert, gleich wie der Mordtatbestand auch ausgestaltet sein mag, keine überzeugende Lösung.

Die derzeitige Konzeption, nach welcher der Mord (jedenfalls nach ganz überwiegender Meinung) ein Qualifikationstatbestand ist, oder auch die mögliche Umwandlung der Mordmerkmale in strafschärfende Regelbeispiele sind dagegen nicht zu befürworten. Schon die Möglichkeiten sind begrenzt, Qualifikations- oder strafschärfende Merkmale zu benennen. So sind Steigerungen der Schuld, die über das Unrecht hinausreichen, aus prinzipiellen Erwägungen abzulehnen, und auf der Unrechtsebene scheiden Steigerungen des Erfolgsunrechts

bei einer Tötung ebenfalls aus. Denkbar sind jedoch Erhöhungen des Handlungsunrechts durch eine qualifizierte Vorsatzform oder durch objektive Kriterien (zum Beispiel „grausam“, „mit gemeingefährlichen Mitteln“ oder beim Vorliegen einer besonderen Schutzpflicht hinsichtlich des Guts „Leben“). Demgegenüber vermag das Merkmal „heimtückisch“ eine Erhöhung des Unrechts nicht anzuzeigen. Abzulehnen sind des Weiteren Steigerungen des Unrechts, die sich allein aus der Vorstellungswelt des Täters erschließen (mithin die sog. Absichts- und Motivmerkmale) und im äußeren Tatgeschehen keinen Niederschlag gefunden haben. Das gilt insbesondere, sofern hierfür auf außerrechtliche und somit genuin moralische oder sittliche Wertmaßstäbe zurückgegriffen wird. Soweit unrechtserhöhende Kriterien nun anzuerkennen sind, bleibt zu berücksichtigen, dass diese vielfach nicht absolut wirken, da Minderungen des Unrechts hinzutreten können. Darüber hinaus ist ein grundsätzliches Problem aller Vorschläge, die mit qualifizierenden oder strafschärfenden Kriterien arbeiten, darin zu sehen, dass ihnen eine Abwertung des Guts „Leben“ immanent ist bei gleichzeitiger Aufwertung (teils auch Überbewertung) von äußeren Tatumständen beziehungsweise Täter-interna. Denn es genügt nach diesen Konzeptionen zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht, eine andere Person vorsätzlich respektive absichtlich zu töten, ohne dass Entlastungsfaktoren zugunsten des Täters eingreifen. Vielmehr sind weitere qualifizierende Umstände erforderlich (vgl. § 211 Absatz 2 StGB und § 212 Absatz 2 StGB). Insofern werden diese Lösungsmodelle dem Stellenwert des Guts „Leben“, welches das höchste personale Gut in unserer Rechtsordnung ist, nicht hinlänglich gerecht.

Vorzugswürdig ist deshalb ein Privilegierungskonzept. Dieses rückt beim Mordtatbestand klar ins Zentrum dessen, worum es geht: um den Schutz des Guts Leben. Bereits die vorsätzliche (insbesondere absichtliche) Tötung, die ohne täterentlastende Umstände vorgenommen wird, kann (beziehungsweise sollte) mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe sanktioniert werden. Der Totschlag ist als Privilegierungstatbestand zu fassen. Maßgebend ist hierfür, ob dem Opfer nach rechtlichen Kriterien eine teilweise Verantwortung an der Tat zugeschrieben werden kann. Anknüpfend an § 213, Alternative 1 StGB, setzt dies voraus, dass das (zurechnungsfähige) Opfer, bevor es zu seiner Tötung kommt, in eine rechtlich absolut geschützte Position des Täters eingegriffen hat. Die Norm sollte im Gegensatz zu § 213, 1. Var. StGB allerdings als reine Unrechtsminderung konzipiert werden. Dafür spricht nicht zuletzt, dass der Nachweis, ob beim Täter zur Tatzeit ein sogenannter normalpsychologischer Affekt vorlag, empirisch nicht zu leisten ist.

4. RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor

Stellungnahme zum Mordmerkmal der „Heimtücke“

Der Rechtszustand de lege lata wird analysiert und konstatiert, dass die Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke in der höchstrichterlichen Rechtsprechung auffällig inkonsistent ist. Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass die Rechtsprechung das Merkmal einerseits häufig mit Blick auf die Situation des Tatopfers bejaht („opferorientiert“), andererseits aber auch auf die Gesinnung des Täters oder dessen Handlungsweise abstellt („täterorientiert“). Zudem erweist sich bei näherer Betrachtung die „opferorientierte“ Sichtweise als problematisch, weil sie weder stets zu höchststrafwürdigen Tötungen führt, noch überhaupt widerspruchsfrei durchführbar ist. Sie läuft auf einen differenzierten Lebensschutz hinaus, weil sie nur arg- und wehrlose Personen als taugliche Mordopfer qualifiziert. De lege ferenda soll die Heimtücke durch das engere Merkmal „*mittels eines hinterlistigen Überfalls*“ (§ 224 Absatz 1 Nr. 3 StGB) ersetzt werden, das durch die einschlägige Rechtsprechung eine gefestigte Auslegung erfahren hat.

Stellungnahme zum Referat von *Schneider* „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“

Das von *Schneider* vertretene rein normativ-generalpräventive Leitprinzip des Schutzes der staatlichen Rechtswahrung wird kritisiert. Grundsätzlich wird von einem Leitprinzip des kumulierten Unrechts unter Berücksichtigung des Schuldprinzips ausgegangen. Zusätzlich zur Tötung begangenes Handlungsunrecht, das die Qualifizierung einer Tötung als Mord rechtfertigt, wird darin gesehen, dass der Täter mit der Tötung eigene rechtswidrige Zwecke verfolgt, denen er das Menschenleben des Opfers unterordnet, wie das beispielsweise bei der Ermöglichungsabsicht und auch bei der Verdeckungsabsicht der Fall ist. Für die Verwirklichung solch zusätzlichen Handlungsunrechts ist aber das Vorliegen einer die Handlung bestimmenden, in hohem Maße tadelswerten Rechtsgesinnung erforderlich, die fraglich ist, wenn der Täter affektiv handelt. Die Schwelle zum höchststrafwürdigen Mord wird erst erreicht, wenn der Täter planvoll vorgeht. Dementsprechend sollte das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auf ein Handeln mit Überlegung eingeschränkt werden. Bei der Ermöglichungsabsicht wird diese Voraussetzung regelmäßig vorliegen. Eine Ausweitung der Bezugstat auf andere Ordnungswidrigkeiten erscheint wegen des im Vergleich zu Straftaten minderen Unrechtsgehalts von Ordnungswidrigkeiten fraglich. Allerdings wird sich eine verwerfliche Mittel-Zweck-Relation nicht verneinen lassen. Eine Gleichstellung von Tötungen in Verdeckungsabsicht mit Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht wird abgelehnt.

Gesetzesvorschlag für die Reform der Tötungsdelikte

Der Vorschlag beinhaltet ein Stufenmodell, bei dem der „Totschlag“ (§ 211 StGB-neu) den Grundtatbestand der Tötungsdelikte und der „Mord“ (§ 212 StGB-neu) den Qualifikationstatbestand bildet, wobei für letzteren zusätzlich eine Strafzumessungsregel für „besonders schwere Fälle“ vorgesehen ist. Nur für diese wird die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung beibehalten. Im Übrigen wird vorgeschlagen, bei Mord die bisherige absolute Freiheitsstrafe durch eine zeitige Freiheitsstrafe von zehn bis 30 Jahren zu ersetzen, oder (*Alternativvorschlag*) durch die Rechtsfolge einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder der lebenslangen Freiheitsstrafe (vgl. zum Beispiel § 251 StGB de lege lata). Der besonders schwere Fall des Totschlags (§ 212 Absatz 2 StGB) entfällt. In § 213 StGB-neu werden für den Totschlag und den Mord einheitlich „minder schwere Fälle“ mit unterschiedlichen Strafraumen geregelt.

Die Mordmerkmale werden teilweise neu gefasst, um einige neue erweitert sowie neu gruppiert. Leitgedanke hierbei ist die Verwirklichung kumulierten Unrechts: entweder durch die Begehung zusätzlichen Erfolgsunrechts („qualvoll“, „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ oder „mit gemeingefährlichen Mitteln“) oder durch zusätzliches Handlungsunrecht, indem der Täter zusätzlich zur Tötung die Menschenwürde des Opfers entweder dadurch verletzt, dass er dessen Leben eigenen (rechtswidrigen) Zwecken unterordnet („in der Absicht, sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern oder eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken oder sich oder einen anderen sexuell zu erregen“), oder gegen das allgemeine, aus der Menschenwürde folgende Diskriminierungsverbot verstößt („wegen dessen Geschlecht, Abstammung, Herkunft oder religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung“). Die bisherige Motivgeneralklausel „sonst aus niedrigen Beweggründen“ wird dementsprechend durch „sonst aus menschenverachtenden Beweggründen“ ersetzt.

Dem Modell liegt die Überlegung zugrunde, dass die „Tätertypenlehre“ aufzugeben ist, aber eine gesetzliche Differenzierung zwischen „Totschlag“ und „Mord“ weiterhin sinnvoll und geboten ist, soweit Mordmerkmale gegenüber dem Totschlag zusätzliches Unrecht (Erfolgs- oder Handlungsunrecht) beschreiben. Die Differenzierung erfolgt dementsprechend auf Tatbestandsebene und geht mit unterschiedlichen Strafraumen für Totschlag und Mord einher.

Das zusätzliche Unrecht wird ausschließlich der Verfassungs- und Rechtsordnung entnommen, nicht einer irgendwie gearteten „Sozialschädlichkeit“ oder Maßstäben, die (nur) der Sittlichkeit oder Moral zuzurechnen sind. Dementsprechend werden die Mordmerkmale soweit als möglich auch sprachlich „verrechtlicht“.

Die Abkehr von der absoluten Freiheitsstrafe bei Mord entweder durch eine zeitige Freiheitsstrafe in Höhe von bis zu 30 Jahren oder (*Alternativvorschlag*) durch die Möglichkeit einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder der lebenslangen Freiheitsstrafe verwirklicht das Schuldprinzip. Auf diese Weise können auch im Fall des Mordes die in § 46 Absatz 2 StGB normierten Umstände sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des Täters berücksichtigt werden, was bislang nicht der Fall ist. Dies trägt der Vielfalt der Erscheinungsformen von Tötungsdelikten in der Wirklichkeit Rechnung.

Um dem verbreiteten Bedürfnis nach Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe für „höchst strafwürdiges Verhalten“ Rechnung zu tragen, ist ihre zwingende Anwendung in besonders schweren Fällen des Mordes vorgesehen (§ 212 Absatz 2 StGB-neu). Die als Regelbeispiele gefassten Fälle orientieren sich an der Rechtsprechung zur besonderen Schwere der Schuld in § 57a StGB. Durch ihre normative Ausgestaltung im Tatbestand des Mordes entfällt der Bedarf für eine vom Vollstreckungsgericht festzustellende sogenannte Vollstreckungsschuld. Die Entscheidung über das schuldangemessene Strafmaß liegt auch im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe allein beim erkennenden Schwurgericht.

Die in § 213 StGB bestimmte Strafmilderung wird in der vorgeschlagenen Neuregelung (§ 213 StGB-neu) erweitert auf Fälle von Verzweiflungstaten und vergleichbaren schweren Konflikttaten, auch in Fällen des Mordes, wobei insoweit eine Anhebung der Strafuntergrenze (auf zwei Jahre) vorgesehen ist. Damit wird dem empirischen Befund Rechnung getragen, dass Konflikttaten bei Tötungsdelikten generell besonders häufig vorkommen.

5. RA Prof. Dr. Stefan König

Empfehlen sich prozessuale Folgeregelungen?

1.

Die Dokumentation von Beschuldigtenvernehmungen in Vernehmungsniederschriften ist erheblich fehleranfällig. Es besteht die Gefahr, dass die Filterung der Aussagen des Vernehmenen durch die Wahrnehmung des Vernehmers sowie deren Übersetzung in eine aktenmäßige Sprache zu einer Verzerrung des tatsächlich Bekundeten in der Niederschrift führt, die dessen Sinn entstellt. Es bleibt auch schwer nachvollziehbar, ob der Vernehmende dem Risiko erlegen ist, in der Befragung insbesondere die Mordmerkmale des § 211 StGB „herauszuarbeiten“. Das Problem wird sich auch dann stellen, wenn nach einer Reform der Norm die Mordmerkmale modifiziert oder durch Regelbeispiele ersetzt werden sollten. Bei

der Vernehmung von Zeugen stellen sich ähnliche Probleme. In jedem Fall schafft die audiovisuelle Dokumentation der Vernehmung für das später entscheidende Gericht in Zweifelsfällen die zuverlässigere Entscheidungsgrundlage.

Ich *empfehle* daher, eine Verpflichtung in das Gesetz aufzunehmen, (jedenfalls) in Fällen des Vorwurfs von Tötungsverbrechen, die Vernehmung von Beschuldigten und Zeugen audiovisuell zu dokumentieren. Kostenerwägungen sind angesichts der überschaubaren Anzahl der in Betracht kommenden Fälle zu vernachlässigen. Die durch die Aufzeichnung tangierten Persönlichkeitsrechte müssen hinter dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von Kapitalverbrechen zurücktreten. Die bestehenden Verwendungsregeln (§§ 58a Absatz 2 und 3, 163a Absatz 1 Satz 2 StPO) können erhalten bleiben.

2.

Auch wenn durch eine audio-visuelle Dokumentation nachvollziehbar wird, ob sich die geschilderte Gefahr einer Befragung realisiert, die „für den Tatbestand“ ermittelt, also in erster Linie bestrebt ist, Mordmerkmale herauszuarbeiten, wird das Resultat eines solchen fehlgeleiteten Bemühens durch seine Transparenz nicht unverwertbar. Der Streit darüber, was *wirklich* geschehen ist und gewollt war, wird auch durch die Ton-Bild-Aufzeichnung nicht ausgeschlossen, wenn nicht – soweit möglich – Sorge dafür getragen wird, dass eine einseitige, gegebenenfalls tendenziöse Befragung von vorneherein unterbleibt. Das zu gewährleisten, ist eine Mitwirkung eines Verteidigers schon bei der ersten und bei allen weiteren Befragungen des Beschuldigten in den hier interessierenden Fällen erforderlich.

Flankierend zu der Erweiterung der Notwendigkeit von Verteidigung ab dem Zeitpunkt der Erstvernehmung ergibt sich zwingend ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der Vernehmung des *Beschuldigten*. Auf europäischer Ebene sind Entwicklungen erkennbar, zumindest dem festgenommenen Beschuldigten bereits vor der ersten Vernehmung stets einen Verteidiger zur Seite zu stellen.

Ich *empfehle*, die Notwendigkeit von Verteidigung ab der ersten Vernehmung des Beschuldigten jedenfalls in den Fällen vorzusehen, in denen der Vorwurf eines vorsätzlichen Tötungsverbrechens erhoben wird. Entsprechend ist in § 163a StPO vorzusehen, dass (jedenfalls) in den genannten Fällen die Verteidigung ein Anwesenheitsrecht bei den Vernehmungen des Beschuldigten hat.

3.

Die – aus meiner Sicht zumindest im Bereich von Verfahren über die hier interessierenden Vorwürfe gleichfalls empfehlenswerte – audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung konnte angesichts der Komplexität der hieraus resultierenden Konsequenzen für das Revisionsverfahren im Rahmen des Arbeitsauftrages dieser Kommission nicht thematisiert werden.

4.

Eine Zweiteilung der Hauptverhandlung durch ein *Tat*interlokut kann das sog. Verteidigungsdilemma lösen. In ihm befindet sich der Angeklagte, der schweigend oder bestreitend eine Freispruchverteidigung führt und daher auf den Vortrag von Strafzumessungsargumenten verzichtet, um nicht der „Haupt“richtung seiner Verteidigung durch „Hilfs“vorbringen und -beweisangebote die Spitze abzubrechen oder es gar vollständig zu konterkarieren. Erfolgt nach einem allein der Tatfrage gewidmeten Abschnitt der Hauptverhandlung eine Entscheidung hierüber, kann im Fall der – für die Instanz grundsätzlich bindenden – Feststellung der Täterschaft des Angeklagten (sog. *Tat*interlokut) der Strafzumessung im zweiten Abschnitt breiterer Raum, befreit von den Belastungen des „Kampfes um die Tat“ gewidmet werden. Eine Intensivierung der Verhandlung über die Rechtsfolgen der Tat ist insbesondere bei den hier in Rede stehenden Delikten angesichts der schwerwiegenden angedrohten Sanktionen wünschenswert. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn eine reformierte Fassung der Tötungsdeliktsnormen auf Mordmerkmale oder andere Umschreibungen besonders strafwürdiger Fälle verzichten sollte.

Ich *empfehle* daher, dass sich die Kommission für die Einführung eines *Tat*interlokuts ausspricht. Es sollte in allen Hauptverhandlungen vor dem Schwurgericht vorgesehen werden, also nicht lediglich auf Vorwürfe vorsätzlicher Tötungsverbrechen beschränkt bleiben. Der vorzusehende Zwischenbescheid sollte bindend sein mit der Möglichkeit für das Gericht, sich in eng begrenzten Ausnahmefällen davon zu lösen.

6. Prof. Dr. Hans-Ludwig Kröber

Mordkonzept und Mordmerkmale aus forensisch-psychiatrischer Sicht

Die juristischen „Mordmerkmale“ implizieren eine subjektive Tatseite, Täterpersönlichkeit, punktuelle und überdauernde Gesinnung, Gefährlichkeit eines Menschen. Dies ist das wesentliche Bezugsfeld zur forensischen Psychiatrie. Es besteht ein Spannungsfeld zwischen erfahrungswissenschaftlichen Erkenntnissen über Menschen mit Tötungsdelikten und den

strafrechtlichen Normen der §§ 211, 212 StGB, zwischen einer psychologischen und einer normativen Auffassung der „Mordmerkmale“.

Weil wir nur wenig über die real existierenden Strafgefangenen mit Tötungsdelikten wissen, führen wir eine Gesamterfassung aller Berliner Gefangenen/Verwahrten mit angeordneter oder bereits vollzogener Sicherungsverwahrung (n=77), aller Berliner Strafgefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe (n=106) sowie aller Maßregelpatienten mit versuchten oder vollendeten Tötungsdelikten durch (n=114). Eine differenzierte Auswertung wird Ende 2015/Anfang 2016 vorliegen. Hinsichtlich der wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten in Berlin lässt sich aber bereits sagen:

Keine der sechs Frauen hatte eine Beziehungstat, gar gegen einen gewaltsamen Peiniger, begangen. Getötet wurde von den Frauen aus Habgier, Opfer waren alte oder geschwächte Männer; hinzu kam die Täterin mit der Serie von Patiententötungen.

Die 100 zu lebenslang verurteilten Männer waren zum Tatzeitpunkt im Median 30 Jahre alt, zu 70 % Deutsche, 11 % Türken, der Rest verteilt sich breitflächig. Bei fast einem Drittel (30,4 %) war die *besondere Schwere der Schuld* bejaht worden; in vier Fällen war neben der lebenslangen Freiheitsstrafe auch die *Sicherungsverwahrung* angeordnet worden. Das Männerkollektiv stellte sich deutlich krimineller dar als vorab erwartet. Die Konstellation des unbescholtenen Bürgers, der lebensgeschichtlich in Nöte geraten ist und sich schließlich zu der fatalen Entscheidung versteigt, einen Menschen zu töten, bildet sich in der statistischen Auswertung kaum ab. 77 % der Verurteilten waren vorher schon bestraft worden, einige wenige geringfügig, der Rest durchaus deutlich; frühere Haftstrafen waren in etwa der Hälfte der Fälle zu verzeichnen. Vorläufig ausgewertet wurden 56 Täter mit 82 getöteten Opfern, davon waren 29 Frauen (35 % der Opfer). In vier Fällen waren insgesamt fünf Kinder das Mordopfer, in drei Fällen in sexuellem Kontext.

Mordmerkmale bei ausgewerteten 56 Fällen: In einem einzigen Fall wurde *Mordlust* als Mordmerkmal festgestellt; in mindestens sechs weiteren Fällen hat man als Psychiater den Eindruck, dass Mordlust ein wesentliches Motiv gewesen sein könnte, das aber verständlicherweise seitens des Gerichtes nicht hinreichend sicher feststellbar war.

In sechs Fällen wurde eine Tat zur *Befriedigung des Geschlechtstriebes* festgestellt, eine Tat davon an einem Kind. In weiteren fünf Fällen wurde die Tat im direkten Kontext mit einer Vergewaltigung oder einem sexuellen Missbrauch begangen oder bei einer Verweigerung von Geschlechtsverkehr. Vier der Verdeckungsstaten entfallen auf die Verdeckung sexueller Übergriffe, drei der Heimtücketaten standen im Zusammenhang mit sexuellen Übergriffen.

30 % der Taten erhielten das Merkmal *Habgier* (17 Fälle); in fünf weiteren Fällen ging es den Tätern zentral um Bereicherung, sie wurden aber wegen Verdeckung, Ermöglichung oder, in allen Fällen, wegen niedrigen Beweggründen verurteilt.

In 25 % der Fälle (14 Probanden) wurde ein *Verdeckungsmotiv* bejaht, in 21,4 % der Fälle (12 Fälle) wurde Ermöglichung bejaht. Das häufigste zugeschriebene Mordmerkmal war *Heimtücke* mit 21 Fällen oder 37,5 %. In sieben Fällen (12,5 %) war Heimtücke das einzige Mordmerkmal. Ansonsten war es einmal begleitet von gemeingefährlichen Mitteln oder sonst diversen anderen, am häufigsten von niedrigen Beweggründen.

Sehr selten angenommen wurde *Grausamkeit* (zwei Urteile), mit *gemeingefährlichen Mitteln* (zwei Urteile) und *Mordlust* (ein Urteil), dort wie gesagt sechs weitere Verdachtsfälle.

Aus meiner Sicht als forensischer Psychiater drängt sich kein weiteres Mordmerkmal auf, und es drängt sich andererseits auch angesichts der bestehenden juristischen Auslegung der Mordmerkmale keine Notwendigkeit auf, eines der Mordmerkmale fallen zu lassen oder zurückzustufen auf einen Sachverhalt, der bei Totschlag anzusiedeln wäre.

In der Neufassung der Regelungen über die Tötungsdelikte sollte der Begriff „Mörder“ unbedingt verschwinden, es geht um Mord-Taten. „Mörder“ ist eine mythische Kategorie, der auch der Täter unterliegt. Diese mythische Figur wird gefährlich, wenn sie in das psychologische Konstrukt einer „Täterpersönlichkeit“ verwandelt wird und es als Essenz dieser Persönlichkeit angesehen wird, dass sie tötet. Auch eine entsprechende Selbstdefinition eines Täters als „Mörder“, als Mensch, der nun einmal tötet, ist gefährlich im Hinblick auf das Risiko von erneuten Tötungsdelikten. Für die Strafrechtspflege und auch für die forensisch-psychiatrische Begleitung von Straffälligen ist es wichtig, dass man sich vom Konstrukt „Täterpersönlichkeit“ löst. Denn Motive ergeben sich nicht monokausal aus Persönlichkeitsstrukturen („dissozial“, „unreif“, „süchtig“, „Impulskontrollstörung“). Motive ergeben sich als Willensbildung einer Person in einer bestimmten, passenden sozialen Situation. Motive ergeben bei weitem keine hinreichende Charakterisierung der Persönlichkeit. Diese muss vielmehr primär aus ihrem sonstigen Lebensvollzug erschlossen werden.

7. Prof. Dr. Reinhard Merkel

Grundlagenprobleme der Leitprinzipien und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands

Der Beitrag untersucht zwei Grundlagenprobleme des geltenden Mordtatbestands: zum einen die Frage, nach den „Leitprinzipien“, die dem Tatbestand insgesamt zugrunde liegen, und zum anderen die Frage nach Kriterien und Grenzen der sog. Motivgeneralklausel der

„niedrigen Beweggründe“. Den Leitprinzipien kommt nach gängiger Ansicht die Aufgabe zu, das Verdikt der Höchststrafwürdigkeit von Mordtaten (im Unterschied zu solchen des Totschlags) zu erklären und zu begründen. Die Analyse der Motivgeneralklausel hat im vorliegenden Beitrag vor allem das Ziel zu bestimmen, welche mentalen Bedingungen beim Täter einer vorsätzlichen Tötung gegeben sein müssen, damit seine Tat als Produkt eines „niedrigen Beweggrundes“ gekennzeichnet werden kann. Die Frage nach der Notwendigkeit solcher subjektiven Elemente bei einem Täter, dessen Beweggrund als objektiv „niedrig“ zu beurteilen ist, ist umstritten. Der Grund des Streits wird freilich kaum je bis in seine begrifflichen und metaphysischen Fundamente verfolgt. Das unternimmt der vorliegende Beitrag unter Rückgriff auf Argumente und Resultate verschiedener philosophischer Handlungstheorien. Die so erzielte Klärung des Begriffs „niedriger Beweggrund“ liefert Anhaltspunkte für die Frage, ob ein reformierter künftiger Gesetzestatbestand dieses Mordmerkmal noch enthalten sollte.

Was die Leitprinzipien anbelangt, so ist die in der Literatur verbreitete Auffassung, wonach zur rationalen Begründung der Mordmerkmale als Kriterien der Höchststrafwürdigkeit nur das Prinzip „Gefährlichkeit“ taugt, nicht richtig. Ohne zureichende Antwort bleibt oft schon die Frage, wer oder was genau in diesem Zusammenhang als „gefährlich“ zu gelten habe – der Täter, die konkrete Tat oder der Tattypus, für den die Einzeltat steht. Keines der genannten Bezugsobjekte vermag, das Gefährlichkeitsprinzip für den Mord plausibel zu machen. Unklar bleibt regelmäßig auch die weitere Frage, was über das individuelle Leben des Opfers hinaus als das gefährdete soziale Schutzgut zu gelten habe. Genannt werden „die Lebenssicherheit“ der Allgemeinheit, aber auch deren „Sicherheitsgefühl“. Das ist ersichtlich nicht das gleiche. Ein Leitprinzip Gefährlichkeit für den Mordtatbestand lässt sich im Übrigen weder auf das eine noch auf das andere Schutzobjekt gründen.

Jedenfalls die Motivmerkmale der 1. Gruppe der Mordmerkmale sind nicht anders interpretierbar denn als Kennzeichen einer besonderen Verwerflichkeit der entsprechenden Taten. Ein solches Leitprinzip halten nicht wenige Autoren für illegitim oder doch für irrational. Beides ist nicht richtig. Der zweite Teil des Beitrags untersucht die Motivgeneralklausel vor dem Hintergrund dieser Einsicht. Zwar ist sie als Kriterium einer besonderen Verwerflichkeit keineswegs illegitim; doch bedeutet das nicht, dass sie keinen anderen Einwänden ausgesetzt wäre. Tatsächlich ist dies sehr wohl der Fall. Im zweiten Teil des Beitrags wird zunächst dargelegt, warum die in der Literatur verbreitete Kritik an der „Psychologisierung“ der Motivgeneralklausel fehlgeht. Diese sog. „innere“ Seite des Merkmals, deren einzelne Elemente die Judikatur zu dessen Präzisierung entwickelt hat, wird begrifflich wie handlungstheoretisch von der gesetzlichen Formulierung selbst erzwungen. Andererseits ist aber die in der Litera-

tur verbreitete Klage über die Unsicherheit, ja Beliebigkeit der tatrichterlichen Feststellung dieser zusätzlichen „inneren“ Elemente ebenfalls berechtigt. Der richtige Adressat dieser Kritik ist jedoch der Gesetzgeber selbst. Ein so hochgradig unbestimmtes, fungibles, divergierenden Intuitionen preisgegebenes und damit eine kriterienlos diffuse Judikatur nachgerade programmierendes Merkmal sollte nicht mehr als Grundlage des Verdikts höchster Schuld und Strafe dienen dürfen, sondern aus dem Mordtatbestand gestrichen werden. Damit bleibt abschließend Raum für die Empfehlung an den Gesetzgeber, den Vorschlägen des AE-Leben von 2008 weitgehend zu folgen (von dem dort ebenfalls vorgeschlagenen, sachlich verfehlten Leitprinzip der „besonderen Gefährlichkeit“ als Maßgabe für die Verhängung der Höchststrafe abgesehen). Nachdrücklich zu begrüßen ist insbesondere die Forderung, die *de lege lata* zwingende Punktstrafe „lebenslang“ um die Möglichkeit einer zeitigen Freiheitsstrafe zu ergänzen. Ebenfalls gefolgt werden sollte dem Vorschlag, die Bedingungen für die Verhängung der Höchststrafe nicht mehr als starre Tatbestandsmerkmale, sondern als Regelbeispiele zu formulieren. Und schließlich verdient auch die weitere Maßgabe Unterstützung, die Erfüllung eines Regelmerkmals zwar als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung der lebenslangen Freiheitsstrafen zu formulieren.

8. MR Martin Reinhard

Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)

Basierend auf der Prämisse, dass an der geltenden Ausgestaltung des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) im Grundsatz festgehalten wird, werden Rechtsfolgenlösungen beim Mord diskutiert, welche die derzeit bestehende Verknüpfung eines exklusiv verstandenen Katalogs von Tatbestandsmerkmalen mit der absoluten Strafdrohung lebenslanger Freiheitsstrafe auflösen oder zumindest lockern. Nach einem historischen Überblick zu gesetzlichen Regelungen beziehungsweise Reformüberlegungen und einer Analyse bedeutsamer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs, namentlich der Entscheidungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord und zur sog. "Rechtsfolgenlösung" beim Heimtücke-Mord, werden generelle Lösungsansätze für eine gesetzgeberische Rechtsfolgenlösung aufgezeigt. Dabei wird dargelegt, dass sich im Grundsatz zwei verschiedene Ausgangspunkte bei der Bestimmung von Rechtsfolgenlösungen einnehmen lassen: Zum einen könne man einen Mordtatbestand mit lebenslanger Freiheitsstrafe zugrunde legen. Hier könne die Rechtsfolge durch die zusätzliche Androhung zeitiger Freiheitsstrafe oder durch die Statuierung einer - differenziert ausgestaltbaren - Strafmilderung für weniger schwer wiegende Fälle nach unten hin flexibilisiert werden. Zum anderen sei es möglich, von Fällen vorsätzlicher Tötung höchststrafwürdige Fälle durch eine Strafschärfung in Gestalt

lebenslanger Freiheitsstrafe in besonders schweren Fällen nach oben hin abzuschichten. Sodann werden die aufgezeigten Regelungsansätze anhand von Formulierungsbeispielen näher erläutert und bewertet. Im Anschluss werden ausgewählte Einzelfragen zu Strafmilderungslösungen erörtert (Begrenzung auf tatschuldbezogene Umstände, Konkretisierung der Strafmilderungsgründe, Subsidiarität, Begrenzung auf bestimmte Mordmerkmale, Vorwurf sachwidriger Stigmatisierung). Eine zusammenfassende Bewertung bildet den Schluss des Referats.

9. VRinLG Regina Rieker-Müller und RiAG Dr. Jan Schady

Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?

Der Beitrag untersucht die Frage, ob sich Änderungen des § 57a StGB (Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe) empfehlen. Vorausgesetzt wird, dass an der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerstes Unrecht im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte festgehalten wird. Im Anschluss an einen Überblick über den bestehenden Rechtszustand (Entstehungshintergrund, Lagebild, Voraussetzungen einer Strafrestaussatzung, Verfahren) werden Änderungsbedarf und -möglichkeiten diskutiert.

Im Ergebnis wird empfohlen, die Voraussetzungen der besonderen Schwere der Schuld in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB gesetzlich näher zu konkretisieren, um dem Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 103 Absatz 2 GG und den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Genauigkeit staatlicher Eingriffsnormen Rechnung zu tragen. Mögliche Fallgruppen, bei deren Vorliegen die besondere Schwere der Schuld in Betracht kommt, wären die Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale, eine Mehrzahl von Opfern oder die Begehung weiterer Straftaten. Eine Konkretisierung kann entweder exemplarisch-offen oder als abschließender Katalog erfolgen; der Beitrag zeigt die Vor- und Nachteile beider Lösungen auf und enthält sich hierzu einer abschließenden Empfehlung.

Außerdem wird empfohlen, eine Vorverlagerung des Zeitpunktes der Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer (derzeit Einleitung des Prüfungsverfahrens in der Regel nach 13 Jahren Verbüßungsdauer, § 454 Absatz 1 Satz 4 Nummer 2b StPO) zu prüfen. So könnte dem Verurteilten zu einem früheren Zeitpunkt ein Ziel gegeben werden, auf das es sich im Vollzug hinzuarbeiten lohnt. Für überlegenswert gehalten wird ein Zeitpunkt von 5 Jahren nach Rechtskraft des Urteils; ein entsprechender Formulierungsvorschlag wird unterbreitet. Ausdrücklich nicht empfohlen wird hingegen, die schuldswerebedingt maximal „gebotene“ (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB) Vollstreckungsdauer bereits durch das Tatgericht im Urteil festlegen zu lassen, da dies in der Tendenz eher eine Erhöhung der fest-

gelegten Dauer zur Folge haben könnte und zudem Gesichtspunkte der Generalprävention beziehungsweise der Kommunizierbarkeit der Entscheidung dem entgegenstehen.

Im Übrigen wird empfohlen, an der bestehenden Rechtslage festzuhalten. So sollte das Merkmal der besonderen Schuldschwere (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB) grundsätzlich beibehalten werden, denn es ermöglicht eine Differenzierung zwischen Fällen schwerer und schwerster Schuld bei vorsätzlichem Tötungsunrecht und dient so der Einzelfallgerechtigkeit. Die sogenannte Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren gemäß § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 StGB sollte ebenfalls unverändert bleiben, da sowohl gegen eine Anhebung als auch eine Absenkung tatsächliche und gesetzessystematische Gründe sprechen. Diskutiert, aber im Ergebnis verworfen wird die mögliche Einführung einer gesetzlichen Obergrenze der schuldschwerebedingt maximal „gebotenen“ (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB) Vollstreckungsdauer, weil die durchschnittliche Verbüßungsdauer hierdurch nicht wesentlich reduziert würde, andererseits aber einzelnen Fällen (aller)schwerster Schuld nicht hinreichend Rechnung getragen werden könnte.

Die Einführung einer wiederkehrenden Überprüfung gemäß § 57a Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB von Amts wegen nach Eintritt der Vollstreckung in die sogenannte hybride Phase („Sicherungsüberhang“) überzeugt weder unter praktischen noch unter systematischen Gesichtspunkten. Im Ergebnis ebenso verworfen werden schließlich Vorschläge, die Regelung des § 67d Absatz 3 Satz 1 StGB im Rahmen des § 57a Absatz 1 StGB für entsprechend anwendbar zu erklären oder die Voraussetzung der Einwilligung des Verurteilten (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 57 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 StGB) zu streichen.

10. VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan

Grundkonzeption der Tötungsdelikte

Rechtswissenschaft und Rechtsprechung streiten sich seit Jahrzehnten um die systematisch und dogmatisch richtige Auslegung und Anwendung der geltenden §§ 211, 212, 213 StGB. Die aus dem Jahr 1941 stammenden und in den folgenden Jahrzehnten vom Gesetzgeber lediglich auf der Rechtsfolgenseite rudimentär abgewandelten Vorschriften zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten haben ihre für die Anwendung in der forensischen Praxis relevante inhaltliche Ausgestaltung im Wesentlichen durch die Rechtsprechung erhalten, die von der Wissenschaft mit zum Teil berechtigter Kritik und Reformvorschlägen begleitet worden ist. Der Beitrag gibt eine kurze Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Rechtszustandes, befasst sich mit der seit vielen Jahren andauernden und in der Gegenwart wieder in den Vordergrund gerückten Diskussion um die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafe sowie mit

Notwendigkeit und Umfang einer Reform der §§ 211, 212 StGB. Er stellt schließlich eine dreistufige Konzeption als Grundlage für die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte vor, die für einen Grundtatbestand „Mord“ die lebenslange Freiheitsstrafe neben einem angehobenen zeitigen Strafraum beibehält und auf einem Regelbeispielsmodell für besonders schwere und minder schwere Fälle aufbaut.

Die Regelbeispielsmethode bietet sich deshalb an, weil die Rechtsprechung die Mordmerkmale des § 211 Absatz 2 StGB schon längst nicht mehr wie einen starren Katalog handhabt, der unterschiedliche Wertungen der Gerichte ausschließt, sondern zumindest bei den in der Praxis wichtigsten Mordmerkmalen durch einschränkende oder ausweitende Subjektivierungen und Normativierungen versucht, dem Einzelfall gerecht zu werden. Das hat eine nahezu unüberschaubare Kasuistik der Rechtsprechung zur Folge. Dazu zwingt aber in vielen Fällen die absolute Strafdrohung des geltenden § 211 StGB, der bei Erfüllung eines Mordmerkmals nur die lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge zulässt. Die Aufgabe dieses Absolutheits- und Exklusivitätsmechanismus ist dringend geboten. Eine Möglichkeit, diesen Automatismus zu durchbrechen, ohne herkömmliche und bewährte Grundsätze völlig aufzugeben, bietet eine Konzeption der vorsätzlichen Tötungsdelikte, bei der die lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge für verschiedene besonders schwere Fälle vorgesehen ist, die als Regelbeispiele im Gesetz aufgeführt werden. Ein solche Regelbeispielmethode, die im Gesetz hinreichend deutlich die Voraussetzungen für die Annahme eines besonders schweren Falls umschreibt, ist mit den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, insbesondere mit Art. 103 Absatz 2 GG, zu vereinbaren, wie das Bundesverfassungsgericht bereits für andere Strafnormen entschieden hat. Ebenso wäre dem Gebot, schuldangemessene Strafen zu ermöglichen, genügt, da die Regelbeispielmethode auf der Rechtsfolgenseite dem Gericht hierfür hinreichende Flexibilität bietet, sollten erhebliche Schuldmilderungsgründe die Indizwirkung eines erfüllten Regelbeispiels wieder aufgehoben haben. Der Beitrag enthält abschließend einen eigenen Vorschlag für eine mögliche gesetzliche Neufassung der §§ 211, 212 StGB.

11. Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)

Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

In der ursprünglichen Fassung des RStGB von 1871 war in § 211 zur Identifizierung des Mordes in Abgrenzung zum Totschlag das alleinige Merkmal der „Überlegung“ vorgesehen. Wer mit „Überlegung“ tötet, galt als höchststrafwürdig, eine eher spontane Tötung hingegen nicht. Diesem aus der französischen Gesetzgebung herrührendem Merkmal ist eine gewisse intuitive Plausibilität und Verankerung im allgemeinen Rechtsempfinden nicht abzuspüren.

In der Rechtsprechung bereitete gleichwohl das Merkmal in der Anwendung auf den Einzelfall nicht unerhebliche Schwierigkeiten.

In der großen Strafrechtskommission wurde die Wiedereinführung der „Überlegung“ gleichsam als Auffangmerkmal präferiert und erhielt so Einzug in den E 62. Letztlich konnte sich dieses allgemeine Merkmal gegen die vermeintlich präziseren Fallgruppen in der 1941er Fassung des § 211 StGB nicht durchsetzen. Das Hauptproblem bei der „Überlegung“ ist dabei die Abgrenzung zum Tötungsvorsatz, die auch in modernen Rechtsordnungen, die auf dieses Unterscheidungsmerkmal bauen, nicht hinreichend überzeugend gelingt.

12. BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider

Die Motivgeneralklausel des § 211 Absatz 2 StGB – ein unzeitgemäßes Mordmerkmal?

Die in § 211 Absatz 2 StGB ausgeformten subjektiven Mordmerkmale beschreiben Tatmotive, die aufgrund ihrer antisozialen Ausrichtung Tötungsverbrechen als höchststrafwürdig ausweisen.

Die Motivgeneralklausel des „sonstigen niedrigen Beweggrundes“ ist sachgedanklich die Mutter aller subjektiven Mordmerkmale. Sie hat die Funktion einer Auffangvorschrift und soll diejenigen unbenannten Tötungsmotive erfassen, die der Tat gleichermaßen den Stempel des Höchststrafwürdigen aufdrücken.

Die Motivgeneralklausel ist aus Gründen sachlich gebotener Gleichbehandlung tatbestandlich ausgeformter und wertungsmäßig vergleichbarer sonstiger Beweggründe unverzichtbar. Ihre Abschaffung würde ein massives Gerechtigkeitsdefizit begründen. Sie würde zudem zu einer rasanten Absenkung der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe führen.

Die inhaltliche Präzisierung der Motivgeneralklausel ist schwierig. Es ist unmöglich, sie mit Hilfe eines einzigen beurteilungsrelevanten Leitprinzips auszufüllen.

Der Weg der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Motivgeneralklausel unter Rückgriff auf eindeutige und in diesem Sinne weiterführende Aussagen der Sozialethik zu konkretisieren, ist trotz der hieran geübten Kritik weiterhin gangbar. Er muss allerdings durch ergänzende Begründungsansätze abgesichert und ausgebaut werden. Hierfür kommen vor allem Erwägungen zur Mittel-Zweck-Relation zwischen Tatanlass und Tatfolgen in Betracht; sie verdeutlichen die wertungsmäßig häufig ausschlaggebende Nichtigkeit des Tatanlasses. Weiterhin können Motivationen, die (verfassungs-)rechtlich verankerte Grundwerte der Gesell-

schaft in Frage stellen, aufgrund ihrer manifesten antisozialen Ausrichtung als niedrig angesehen werden. So wird insbesondere durch die Missachtung des personalen Eigenwertes des Opfers die Höchststrafwürdigkeit der Tötung zum Ausdruck gebracht.

Eine Modernisierung und Weiterentwicklung der Motivgeneralklausel ist rechtspolitisch diskutabel. Sie könnte durch Schaffung zusätzlicher subjektiver Mordmerkmale erfolgen. Diese können die Motivgeneralklausel entlasten. Darüber hinaus können sie die Basis für die strafrechtliche Bewertung unbenannter Motive im Wege vergleichender Betrachtung erweitern.

In das Gesetz gesondert aufzunehmen sind diskriminierende Tötungsbeweggründe. Wer einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Herkunft sowie seines Glaubens tötet, handelt aus einem niedrigen Beweggrund; denn er stellt dadurch den in Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 2 GG thematisierten personalen Eigenwert durch bloße Gruppenzugehörigkeit des Opfers in Frage. Gleiches gilt für inkonexe oder völlig grundlose Tötungen. Für sie sollte der Gesetzgeber das Mordmerkmal der „Mutwilligkeit“ einführen.

Weitere Kandidaten kategorialer Rechtsverfehlung sind die politisch motivierte Tötung (Rechtsgedanke aus Artikel 8 GG) sowie die Lebensvernichtung in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht (Artikel 20 Absatz 3, 102 GG). Solche in die Negation konstitutiver gesellschaftlicher Wertentscheidungen mündenden Motive sollten in gesonderten Mordmerkmalen erfasst werden.

Schließlich bleibt zu erwägen, den „dumpf und dräuend“ klingenden Begriff der „sonstigen niedrigen Beweggründe“ durch den des „nichtigen Tatanlasses“ zu ersetzen. Hierin liegt nicht nur eine sprachliche Bereinigung des Gesetzes um ein tendenziell moralisch aufgeladenes Merkmal, sondern auch eine weitergehende inhaltliche Präzisierung der Motivgeneralklausel.

Thesen zur Heimtücke

Das Mordmerkmal der Heimtücke erfasst Fälle der vorsätzlichen Tötung, die aufgrund der Verteidigungsaktivitäten des Opfers ausschaltenden Begehungsweise besonders gemeinschaftsbedrohlich erscheinen. Es ist sachgerecht, derartige Taten dem Tatbestand des Mordes zu unterstellen.

Rechtsgrundsätzlich ist gegen das Mordmerkmal der Heimtücke nichts Durchgreifendes einzuwenden. Freilich ist in Randbereichen eine restriktivere Handhabung der Vorschrift sowohl angezeigt als auch auslegungstechnisch möglich. Pars pro toto: Nicht jede überraschend durchgeführte Tötung von vorn muss automatisch als heimtückisch eingestuft werden. Andererseits ist die Tötung eines überraschten Opfers von hinten durchgängig als heimtückischer Mord einzustufen.

Eine (partielle) Neuausrichtung der Interpretation der Heimtücke kann durch Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgen. Sie kann aber auch vom Gesetzgeber durch eine stärker deskriptiv ausgerichtete Neufassung des Mordmerkmals angestoßen werden.

Sollte der Gesetzgeber Handlungsbedarf sehen, wird er mit Blick auf kaum verrückbare sozialpsychologische Befunde darauf Bedacht nehmen müssen, Fälle der Tötung schlafender und in einen Hinterhalt gelockter Personen der Strafbestimmung des § 211 StGB zuzuordnen. Gleiches gilt für von hinten geführte Attacken auf das Leben sowie für Giftanschläge. Zur Verdeutlichung des Regelungsumfangs kann der Begriff der „hinterhältigen“ Tötung dienen. Weitergehende Bestimmungen des tatbestandlichen Einzugsbereichs einer neuen Regelung handlungsmodal höchststrafwürdiger Sachverhaltskonstellationen (Locken in einen Hinterhalt; Tötung Schlafender) können enumerativ erfolgen.

Für Fälle heimtückischer Tötungen, in denen aufgrund einer signifikanten Minderung des Unrechts der Tat die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe wertungsmäßig nicht angezeigt ist, sollte der Gesetzgeber in § 211 Absatz 3 StGB zeitige Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vorsehen. Dadurch könnten namentlich Tötungen schlafender „Familiencyrannen“ sachgerecht geahndet werden.

Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda

Höchststrafwürdige Tötungen nach § 211 StGB heben sich vom Totschlag durch signifikant gesteigertes Handlungsunrecht ab. Eine solche Steigerung kann auf besonders sozialgefährliche anti-soziale Beweggründe zurückgehen.

Die Tötung zur Verdeckung einer Straftat erfasst einen Teilbereich strafvereitelungsmotivierter vorsätzlicher Lebensvernichtung. Freilich sind alle solche Fälle durchgängig höchststrafwürdig, weil der Täter hierdurch der Rechtswahrungsfunktion des Staates gewaltsam entgegenwirkt. Sein Streben ist anti-sozial; denn es ist auf die Herbeiführung eines Zustands ge-

richtet, den die Gesellschaft kategorial missbilligt. Gründe, ihm in solchen Fällen mit Nachsicht zu begegnen, kennt die Rechtsordnung nicht.

Verdeckungstötungen mit außerstrafrechtlichen Verdeckungszwecken richten sich nicht gegen die staatliche Rechtswahrungsfunktion. Da das Spektrum solcher Fälle rechtstatsächlich weit gefächert ist, kann ihre Höchststrafwürdigkeit nicht ohne weiteres ausgemacht werden.

Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht werden derzeit gemeinhin im Lichte der Motivgeneralklausel unter dem Stichwort „Rache“ erörtert. Sie liegen mit Blick auf ihre Sozialgefährlichkeit wertungsmäßig auf einer Linie mit den Tötungen in Strafvereitelungsabsicht. Der Selbstjustiz übende Täter stellt mit seinen todbringenden Gewaltverbrechen die staatliche Rechtswahrungsfunktion in Frage, indem er die Durchsetzung des Strafrechts an sich reißt und mit der selbtherrlich verhängten „Todesstrafe“ eine Sanktion exekutiert, die im bundesdeutschen Rechtsstaat geächtet ist. Die Gesellschaft hat gute Gründe, derart motivierte Taten ob ihrer anti-sozialen Ausrichtung und Wirkung ungeachtet vordergründig reklamierter Beweggründe - etwa Rache - zukünftig einem gesonderten Mordmerkmal zu unterstellen.

VI. Gesamtkonzeptionen mit Formulierungsvorschlag

1. RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Prof. Dr. Anette Grünewald, RA Prof. Dr. Stefan König, Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)

Die Autoren haben sich am Ende der Diskussionen in der Expertengruppe zusammengefunden, um einen gemeinsamen Vorschlag zu präsentieren, der ihnen unter den verschiedenen vorgeschlagenen Modellen vorzugswürdig erscheint. Sie sind der Ansicht, dass die nachfolgende Formulierung am ehesten geeignet ist, die Mängel des geltenden Rechts zu beheben. Bei dem Reformvorschlag handelt es sich um einen Kompromiss. Das bedeutet, dass abweichende oder weitergehende Vorstellungen einzelner – wie sie zum Beispiel der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins enthält – zurückgestellt wurden, um einen Konsens zu finden, ohne sie aufzugeben. Für die Arbeit der Expertengruppe halten sie es für hilfreich, deutlich zu machen, dass der nachfolgende Reformvorschlag keine Einzelmeinung darstellt, sondern die Unterstützung mehrerer ihrer Mitglieder findet.

§ 211 E Mord

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren bestraft.

§ 212 E Totschlag

Wurde dem Täter oder einer ihm nahestehenden Person ohne eigenes Zutun vom Getöteten eine schwere Beleidigung, Misshandlung oder andere Rechtsverletzung zugefügt und er hierdurch unmittelbar zur Tat veranlasst, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.

§ 213 wird gestrichen.

Begründung:

Der Reformvorschlag enthält ein Privilegierungskonzept zur Abstufung vorsätzlicher Tötungstatbestände. Als Mord ist hiernach die vorsätzliche Tötung anzusehen. Damit wird Mord zum Grundtatbestand und der Totschlag zur Privilegierung.

Der Vorschlag verfolgt das Ziel, deutlich hervortreten zu lassen, worum es beim Mordtatbestand geht: allein um den Schutz des Guts „Leben“. Verglichen mit der derzeitigen gesetzlichen Regelung sowie mit Reformentwürfen, die strafscharfende Regelbeispiele vorsehen, erfährt das Gut „Leben“ eine Aufwertung. Folgt man nämlich Modellen, die mit einer Abstufung nach oben arbeiten – sei es in Form von qualifizierenden oder strafscharfenden Merkmalen –, dann genügt es für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht, wenn eine andere Person vorsätzlich beziehungsweise sogar absichtlich getötet wird und täterentlastende Momente fehlen. Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe setzt vielmehr voraus, dass eine vorsätzliche respektive absichtliche Tötung vorliegt und zusätzlich weitere qualifizierende Kriterien erfüllt sind (vgl. § 211 II StGB sowie § 212 II StGB). Hierin liegt eine Abwertung des Guts „Leben“ begründet, wobei gleichzeitig die sonstigen Tatumstände oder Täterinterna aufgewertet und überwertet werden. Da das Gut „Leben“ nach den Vorgaben unserer Rechtsordnung zu Recht das höchste personale Gut ist, werden solche Lösungsansätze dem Stellenwert des Guts bereits konzeptionell nicht vollends gerecht. Demgegenüber ermöglicht es der vorliegende Reformvorschlag, eine lebenslange Freiheitsstrafe bereits dann zu verhängen, wenn eine vorsätzliche Tötung vorliegt und täterbegünstigende Aspekte nicht vorhanden sind.

Abgesehen davon gewährleistet die derzeitige Regelung es nicht, gleichen Schutz für alle Personengruppen zu erreichen. Das lässt sich eindrücklich am Merkmal „Heimtücke“ zeigen. Danach erfüllt die Tötung einer ahnungslosen erwachsenen Person dieses Merkmal (BGH 2 StR 123/01; 3 StR 162/01), ebenso einer schlafenden erwachsenen Person, da sie ihre „Arglosigkeit mit in den Schlaf nimmt“ (BGHSt 48, 255, 256; NSTZ 06, 338, 339). Dagegen liegt das Merkmal nicht vor, wenn ein Kleinstkind (BGH NSTZ 13, 158), sei es schlafend oder wach, und wenn eine bewusstlose Person (BGH 3 StR 226/07) getötet werden. Denn Personen, die ohnehin wehrlos sind, können nicht heimtückisch getötet werden. Damit werden aber gerade schwache und hilflose Personen nicht erfasst. Es ist auch ein Anliegen dieses Vorschlags, der hiermit verbundenen Ungleichbehandlung bestimmter Personengruppen entgegenzutreten. Umgekehrt ist die vom Bundesverfassungsgericht eingeforderte restriktive Auslegung (BVerfGE 45, 185ff, 267) in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gelungen. Insgesamt ist festzustellen, dass die Anwendung des geltenden § 211 StGB häufig von zufällig wirkenden Umständen abhängig ist. Die Rechtsprechung des BGH bietet ein unübersichtliches, durch mitunter schwer kompatible Einzelfallentscheidungen geprägtes Bild.

Neben der lebenslangen Freiheitsstrafe, auf die wegen ihrer symbolischen Bedeutung wohl nicht verzichtet werden kann, ist im Mordtatbestand eine zeitige Freiheitsstrafe anzuordnen. Denn aus der Geschichte des Mordtatbestands, von 1871 angefangen bis heute, kann man nur den Schluss ziehen, dass eine Punktstrafe – 1871 die Todesstrafe, heute die lebenslan-

ge Freiheitsstrafe – wegen der Vielfalt möglicher Fallkonstellationen oftmals keine adäquate und gerechte, dem Schuldprinzip entsprechende Bestrafung darstellt. Die Folgen hiervon sind hinlänglich bekannt und wurden häufig kritisiert: Die Gerichte wählen Umgehungsstrategien, um zu einer angemessenen Strafe zu gelangen. Ziel dieses Reformvorschlags ist es auch, solche Strategien entbehrlich zu machen. Das kann nur gelingen, wenn die Rechtsfolgende flexibel gestaltet wird, um der Vielgestaltigkeit der einzelnen Lebenssachverhalte gerecht werden zu können. Ohnehin stellt der gegenwärtige Mordtatbestand im Strafgesetzbuch eine Ausnahme dar. Denn in anderen Vorschriften, in denen eine lebenslange Freiheitsstrafe angeordnet ist, besteht daneben jeweils die Möglichkeit, eine zeitige Freiheitsstrafe auszusprechen. Die im derzeitigen § 212 StGB vorgesehene Mindeststrafe von fünf Jahren für eine vorsätzliche Tötung erscheint indes angesichts des hohen Stellenwerts des Guts „Leben“ als zu gering. Deshalb ist als Mindeststrafe in § 211 E eine achtjährige Freiheitsstrafe vorgesehen.

Der Totschlag (§ 212 E) ist eine Privilegierung des Mordes. Damit tritt er als zweite Privilegierungsnorm neben die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Beide Vorschriften zeichnen sich durch eine Verringerung des Tötungsunrechts aus, die jeweils darin begründet liegt, dass dem Opfer aufgrund seines (unmittelbaren) Vorverhaltens eine partielle Verantwortung am Tatgeschehen zugeschrieben werden kann. Hierfür muss das Opfer einen Tatbeitrag erbracht haben, der es erlaubt, ihm nach rechtlichen Kriterien Verantwortung zuzuschreiben. Im Falle des § 216 StGB ist dieser Tatbeitrag die Einwilligung des Opfers in seine Tötung. § 212 E stellt daneben als zweiten unrechtsmindernden Tatbestand den Eingriff des Opfers in die rechtlich geschützte Sphäre des Täters. Dieser Eingriff muss der Tat vorausgegangen sein und den Täter unmittelbar zur Tat veranlasst haben. Eine Minderung des Tötungsunrechts ist hingegen ausgeschlossen, wenn sich das Opfer gegenüber dem Täter im Vorfeld der Tat lediglich moralisch-sittlich fehlerhaft oder anstößig verhalten hat; denn erforderlich ist eine Rechtsverletzung. Ziel des Reformvorschlags ist es nämlich auch, ein Abstufungskonzept vorzulegen, das auf genuin moralisch-sittliche Erwägungen verzichtet und das stattdessen – unter strikter Trennung von Legalität und Moral – ausschließlich mit rechtlich abgesicherten Kriterien arbeitet. Denn nur ein solches Konzept erweist sich einer den Errungenschaften der Aufklärung verpflichteten, liberalen und pluralistischen Gesellschaft, wie das Grundgesetz sie vorgibt, als angemessen. Die gegenwärtige gesetzliche Regelung wird diesen Vorgaben nicht gerecht. Spezifisch moralische oder sittliche Erwägungen fließen in die Bewertung ein, vornehmlich beim Merkmal „sonst niedrige Beweggründe“, der sogenannten „Motivgeneralklausel“, sowie im Rahmen des § 213, 1. Variante. StGB (sogenannte Provokationsvariante). Liegt hingegen nach rechtlichen Wertungen ein beachtlicher Tatbeitrag des Opfers vor, so folgt daraus, dass ihm eine teilweise Verantwortung an der Tat zugeschrieben

werden kann. Beim Täter führt diese Mitverantwortung des Opfers zu einer Reduzierung des von ihm begangenen Tötungsunrechts.

Zusammenfassend lassen sich als Hauptziele des Reformvorschlags benennen: (1) eine Stärkung des Schutzes des Guts „Leben“; (2) die Gewährleistung von gleichem Schutz für alle Personengruppen; (3) der Verzicht auf genuin moralische oder sittliche Erwägungen bei der Abstufung vorsätzlichen Tötungsunrechts; (4) die Ermöglichung einer tatangemessenen Bestrafung ohne Zwang für das Tatgericht, sich Umgehungsstrategien zu bedienen; (5) eine stärkere Betonung der Strafzumessungsaspekte.

Daneben halten es die Autoren für sinnvoll, durch eine Zweiteilung der Hauptverhandlung (Tatinterlokut), durch frühzeitige Notwendigkeit von Verteidigung (ab der ersten Vernehmung des Beschuldigten) und durch audio-visuelle Dokumentation zumindest der Vernehmungen des Beschuldigten prozessuale Gewährleistungen dafür zu schaffen, dass Feststellung und Bewertung der Täterschaft sowie die Zumessung einer tat- und schuldangemessenen Strafe im Einzelfall unter größtmöglicher Wahrung der Subjektstellung des Beschuldigten erfolgen. Die dazu notwendigen Reformen des Verfahrensrechts sind nicht *conditio sine qua non* für die Umsetzung der im materiellen Teil des Vorschlages enthaltenen Gedanken. Sie wären aber im Sinne einer konsequenten Reform eine wünschenswerte Ergänzung.

Ebenso wünschenswert wäre die Modifizierung der Strafrestausssetzung in § 57a StGB dergestalt, die „Schwere der Schuld“ in § 57a Absatz 1 Nummer 2 StGB ersatzlos zu streichen. Durch die – in der Sache richtige – Verlagerung dieser Frage auf die Instanzgerichte (sog. Schwurgerichtslösung nach BVerfGE 86, 288) werden Fragen der Strafbegründungsschuld mit Vollstreckungsfragen vermengt. Die dadurch entstehende Stufung der lebenslangen Freiheitsstrafe entspricht nicht dem Ziel dieses Entwurfes, das Gut „Leben“ konsequent als höchst schützenswert darzustellen. Die Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe kann nur bei einem Höchstmaß an Schuld erfolgen. Der Vollzug bedarf daher keiner weiteren Legitimation durch den Tatrichter. Die Aussetzung des Strafrestes sollte daher allein aus vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen.

2. Prof. Dr. Dieter Dölling

Der Vorschlag bemüht sich darum, die Mängel des geltenden Rechts zu beseitigen und die Änderungen zur Vermeidung zu großer Übergangsprobleme auf das Notwendige zu beschränken.

Es handelt sich um ein Modell mit „Stockwerken“ und „Fahrstühlen“ nach „oben“ und „unten“ (§§ 211 Absatz 2, 212 Absatz 2 StGB-E). Hierdurch soll einerseits die Strafzumessung in Fällen vorsätzlicher Tötung durch den Gesetzgeber strukturiert werden und andererseits hinreichende Flexibilität für gerechte Lösungen im Einzelfall geschaffen werden.

Die bisherigen problematischen Mordmerkmale der Heimtücke und des niedrigen Beweggrundes werden durch engere Merkmale ersetzt. An die Stelle von „heimtückisch“ tritt „hinterhältig“, an die Stelle des niedrigen Beweggrundes treten „mutwillig oder aus krasser Selbstsucht“ und „unter Verletzung sonstiger fundamentaler Prinzipien der Rechtsordnung“.

Neu aufgenommen sind die Tötung mehrerer Menschen, die Tötung eines schutzlosen Menschen und die Tötung aus diskriminierenden Gründen.

Durch § 211 Abs. 2 wird die Möglichkeit geschaffen, eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen, wenn eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht schuldangemessen ist.

§ 212 bleibt in der Sache unverändert.

In § 213 wird die Variante der Tötung in einer ausweglos erscheinenden Konfliktlage hinzugefügt. Hierunter kann im Einzelfall auch die Kindestötung fallen.

§ 211 - Mord

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft, wenn er

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier, mutwillig oder aus krasser Selbstsucht,

mehrere Menschen, einen schutzlosen Menschen, hinterhältig, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln,

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung,

oder unter Verletzung sonstiger fundamentaler Prinzipien der Rechtsordnung

tötet.

(2) Liegen außergewöhnliche Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen.

§ 212 - Totschlag

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, ohne dass ein Mord vorliegt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

§ 213 - Minder schwerer Fall des Totschlags

Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem ihm nahe stehenden Menschen zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung, von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbar heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wird,

2. aus Verzweiflung handelt, um sich oder einen ihm nahe stehenden Menschen aus einer ihm ausweglos erscheinenden und allgemein begreiflichen Konfliktlage zu befreien,

oder

3. wenn sonst ein minder schwerer Fall vorliegt.

3. RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor

A. Vorschläge de lege ferenda

I. Grundtatbestand Totschlag (§ 211 StGB-neu)

1. Vorschlag

„Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“

2. Erläuterungen zur sprachlichen Fassung

Der Vorschlag entspricht § 212 Abs. 1 StGB ohne den Zusatz *„ohne Mörder zu sein“*. Zur Beibehaltung der Deliktsbezeichnung *„Totschlag“* s. Walter NSTZ 2014, 368, 373.

3. Erläuterungen zur Strafhöhe

Die Neuregelung behält den bisherigen Strafraum des § 212 StGB bei. Der bisherige § 212 Abs. 2 StGB wurde gestrichen. Näheres unter B. I.

II. Qualifikationstatbestand Mord (§ 212 StGB-neu)

1. Vorschlag

Absatz 1

„Mit Freiheitsstrafe von zehn Jahren bis dreißig Jahren wird bestraft, wer einen anderen Menschen qualvoll, mittels eines hinterlistigen Überfalls oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder in der Absicht, sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern oder eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken oder sich oder einen anderen sexuell zu erregen, oder wegen dessen Geschlecht, Abstammung, Herkunft oder religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung oder sonst aus menschenverachtenden Beweggründen tötet.“

Bei Anwendung der §§ 17 Satz. 2, 21 und 27 Absatz 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Jahren bis fünfzehn Jahren.“

Alternativvorschlag zu Absatz 1:

„Mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe wird bestraft, wer [...] (vgl. ursprüngliche Fassung oben).“

Absatz 2

„In besonders schweren Fällen ist der Täter mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter mehrere Merkmale gemäß Absatz 1 verwirklicht oder mehrere Opfer gemäß Absatz 1 tötet oder Tateinheitlich (§ 52) mit oder tatmehrheitlich (§ 53) zu einer Tat gemäß Absatz 1 weitere Verbrechen begeht.“

2. Erläuterungen zur sprachlichen Fassung

Die vorgeschlagene Neuregelung formuliert den Mord als Qualifikationstatbestand des Totschlags. Näheres dazu unter B. II. 3.

Sie lehnt sich an die bisherige Fassung an, bereinigt um die Tätertypenlehre („*der Mörder*“). Das Merkmal der „*Mordlust*“ entfällt, die bisherige Motivgeneralklausel „*oder sonst aus niedrigen Beweggründe*“ wird ersetzt durch die Formulierung „*oder sonst aus menschenverachtenden Beweggründen*“. Ferner werden die Mordmerkmale zum Teil sprachlich neu gefasst (und damit auch inhaltlich modifiziert), erweitert sowie neu gruppiert. Näheres dazu siehe unter B. II. 6. Absatz 1 Satz 2 ist eine Folgeänderung der Erweiterung des Strafrahmens der zeitigen Freiheitsstrafe auf bis zu dreißig Jahren. Beim **Alternativvorschlag** entfällt der Bedarf hierfür.

Absatz 2 Satz 1 entspricht sprachlich dem bisherigen § 212 Abs. 2 StGB. **Satz 2** benennt Regelbeispiele für besonders schwere Fälle, orientiert an den von der Rechtsprechung zu § 57a Absatz 1 Nummer 2 StGB gebildeten Fallgruppen. Der dort von der Rechtsprechung verwendete Begriff der „*schweren Straftat*“ wird durch „*Verbrechen*“ ersetzt.

3. Erläuterungen zur Strafhöhe

Der Vorschlag sieht in **Absatz 1** anstelle der lebenslangen Freiheitsstrafe einen Strafrahmen vor, der mit zehn bis 30 Jahren deutlich über dem des Totschlags (fünf bis fünfzehn) liegt, um das bei einem Mord zusätzlich begangene Unrecht zu unterstreichen.¹ Die zeitige Freiheitsstrafe anstelle der lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht bei der Strafzumessung die Berücksichtigung von konkreten Umständen der Tat, die die Schuld des Täters betreffen (§ 46 StGB). Näheres dazu unter B. II. 2.

Der **Alternativvorschlag** behält die lebenslange Freiheitsstrafe bei, ermöglicht aber stattdessen auch die Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe von zehn bis fünfzehn

¹ Zur Höchststrafe von 30 Jahren s. *Walter* NSTZ 2014, 368, 372.

Jahren (§ 38 Abs. 2 StGB). Eine solche Strafandrohung ist im geltenden Recht zum Beispiel in den §§ 178, 251, 306c StGB vorgesehen.

Für höchststrafwürdige Tötungen sieht **Absatz 2** die lebenslange Freiheitsstrafe vor.

III. Minder schwere Fälle (§ 213-neu)

1. Vorschlag

„Wenn der Täter

1. ohne eigene Schuld durch eine ihm, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person zugefügten Misshandlung oder schweren Beleidigung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbare heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wird,

oder

2. aus Verzweiflung handelt, um sich, einen Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person aus einer unverschuldeten und ihm ausweglos erscheinenden Zwangslage zu befreien,

oder

3. durch eine vergleichbare schwere Konfliktlage zur Tötung bestimmt wird, so ist im Fall des § 211 (Totschlag) die Strafe Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren. Unter den Voraussetzungen des § 212 (Mord) ist die Strafe Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren.“

2. Erläuterungen zur sprachlichen Fassung

Satz 1 Nummer 1 entspricht dem geltenden § 213 StGB, erweitert um die Situation, dass der Täter *„in eine vergleichbare heftige Gemütsbewegung versetzt“* wurde (Vorschlag *Rissing-van Saan* unter Bezugnahme auf den Alternativ-Entwurf *Leben*²).

Satz 1 Nummer 2 und 3 erweitern § 213 StGB um Verzweiflungstaten und generell Konflikttaten (ebenfalls Vorschläge von *Rissing-van Saan* unter Bezugnahme auf den Alternativ-Entwurf *Leben*). **Satz 2** ermöglicht die bislang nicht bestehende Anwendung auf Fälle des Mordes und ersetzt damit die sog. Rechtsfolgenlösung des BGH (Anwendung des § 49 StGB in außergewöhnlichen Fällen³).

² GA 2008, 193 ff.

³ BGHSt 30, 105 Gr. Sen.

3. Erläuterungen zur Strafhöhe

Satz 1 behält den Strafraum des bisherigen § 213 StGB bei (anders *Rissing-van Saan*: zwei bis zehn Jahre). **Satz 2** verdoppelt für Fälle des Mordes die Strafuntergrenze auf zwei Jahre. Dies ermöglicht in außergewöhnlichen Konfliktfällen auch bei Mord die Verhängung einer Bewährungsstrafe.

B. Begründung

I. Grundtatbestand Totschlag (§ 211 StGB-neu)

Der Gesetzesvorschlag verfolgt das Modell eines Stufenverhältnisses, in dem der Totschlag den Grundtatbestand und der Mord einen Qualifikationstatbestand bildet (näher dazu sogleich unter B. II.). Dies wird systematisch dadurch verdeutlicht, dass im Gesetzesvorschlag der Totschlag (§ 211 StGB-neu) vor dem Mord (§ 212 StGB-neu) steht. Die Abkehr von der sog. Tätertypenlehre bedingt die Streichung der Worte „*Totschläger*“ und „*Mörder*“. Der bisherige § 212 Absatz 2 StGB wurde gestrichen, um zum Ausdruck zu bringen, dass die höheren Strafen bei Mord (gegebenenfalls die lebenslange Freiheitsstrafe) zusätzliches Unrecht sanktionieren und daraus ihre Berechtigung gewinnen.

II. Qualifikationstatbestand Mord

1. Warum Mordmerkmale?

a) Mordmerkmale als Beschreibung von Unrecht

Die vorgeschlagenen Mordmerkmale beschreiben jeweils zusätzlich zur Tötung eines anderen Menschen vom Täter begangenes Erfolgs- oder Handlungsunrecht (Leitmotiv des kumulierten Unrechts). Bei den Mordmerkmalen der *ersten Fallgruppe* verwirklicht der Täter zusätzliches *Erfolgsunrecht*. Wer dem Opfer vor der Tötung besondere Qualen bereitet, verletzt zusätzlich dessen physische und psychische Integrität. Wer es zuvor in einen Hinterhalt lockt, verletzt zusätzlich dessen Vertrauen (vgl. Referat des *Verf.* zur Heimtücke). Wer mit gemeingefährlichen Mitteln tötet, gefährdet weitere Menschenleben.

Bei den übrigen Merkmalen verwirklicht der Täter zusätzliches *Handlungsunrecht*.

In den Fällen der *zweiten Fallgruppe* ist die Tötung eines anderen ein Mittel zur Verfolgung rechtswidriger Zwecke. Dadurch vernichtet der Täter nicht „nur“ das Leben des Opfers und zerstört es als Träger von Menschenwürde, sondern verletzt durch die „Mittel-Zweck-Relation“ zusätzlich seine *Menschenwürde* in spezifischer Weise.

Das Gebot, die Menschenwürde jedes anderen zu achten, ist ein Fundamentalgebot unserer Rechtsordnung (Artikel 1 GG). Zwar richtet es sich als Verfassungsgebot zunächst an den Staat. Doch ist es seinem Ursprung nach (bei *Kant*) ein moralisches Gebot, das durch Artikel 1 GG eine Verrechtlichung erfahren hat, die auf die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt. BVerfG: „Der Satz, ‘der Mensch muss immer Zweck an sich selbst bleiben’, gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete.“⁴ Die Achtung der Menschenwürde verbietet es, einen anderen Menschen ausschließlich als Mittel zur Verfolgung eigener Zwecke zu gebrauchen, mit anderen Worten ihn für sich zu instrumentalisieren oder als bloßes Objekt zu behandeln (sog. Objektformel). Genau das ist der Fall, wenn der Täter einen anderen nicht „nur“ tötet, sondern dies gerade zur Erreichung eigener Zwecke tut, hierzu also buchstäblich „über Leichen geht“. Dies stellt zusätzliches Unrecht dar, das höhere Bestrafung rechtfertigt.⁵

In den Fällen der *dritten Fallgruppe* missachtet der Täter nicht „nur“ das Leben eines anderen, sondern verstößt mit seiner Tötungsmotivation zusätzlich gegen das für das friedliche Zusammenleben elementare *Diskriminierungsverbot*, das aus der Menschenwürde folgt.

b) Kein „Gesinnungsstrafrecht“

Bei den Mordmerkmalen der zweiten und dritten Gruppe handelt es sich nicht etwa nur um Motive im Vorfeld einer Tötungshandlung und auch nicht (nur) um „Gesinnungen“, die lediglich der Sozialethik oder Moral zuzuordnen sind und allenfalls bei der Bewertung der Schuld berücksichtigt werden können.⁶ Vielmehr handelt es sich um mentale Einstellungen, die ihre Verwerflichkeit gerade aus der Missachtung rechtlich geschützter Güter, insbesondere der Menschenwürde beziehungsweise des „personalen Eigenwerts“ einer anderen Person (*Schneider*⁷) beziehen und als Absichten zusätzlich zum Vorsatz die Tatbestandsverwirklichung bestimmen. Damit erhöhen sie das subjektive Unrecht einer Tötung. Mit *Jescheck/Weigend* lässt sich jeweils von einer „in hohem Maße tadelnswerten Rechtsgesinnung“ sprechen, „die die Missachtung

⁴ BVerfGE 45, 187 Rn. 144 – lebenslange Freiheitsstrafe.

⁵ Vgl. BVerfG NJW 2009, 1061 (1063) zum Merkmal der Befriedigung des Geschlechtstriebes. „Die besondere Verwerflichkeit kann hier zwar nicht in dem vom Täterverfolgten Zweck an sich gesehen werden, wohl aber in der Relation von Zweck und Mittel, also darin, dass der Täter – in den Worten des BGH – ‚das Leben eines Menschen der Befriedigung seiner Geschlechtslust unterordnet‘ (BGHSt 19, 101).“

⁶ So aber wohl *Grünwald* JA 2012, 401 (403)

⁷ *Schneider* Referat zur Motivgeneralklausel, S. 6 et passim unter Hinweis auf die Rspr. des BGH.

des betroffenen Rechtsguts und der Interessen des Opfers besonders deutlich zum Ausdruck bringt“.⁸

Einzuräumen ist, dass es sich bei den Strafbarkeitsvoraussetzungen Unrecht und Schuld nicht um ontologische Gegebenheiten handelt, sondern um dogmatische Konstruktionen (Hinweis von *Merkel* in der Diskussion), deren Abgrenzung zwangsläufig umstritten ist. Das entbindet den Gesetzgeber jedoch nicht von dem Bemühen um dogmatische Folgerichtigkeit seiner Bestimmungen in einem dem Gesetzlichkeitsprinzip (§ 1 StGB) verpflichteten Strafrecht (vgl. unter B. II. 3.). Die Rechtsdogmatik trägt zur Willkürfreiheit und Rationalität des Rechts und der Rechtsanwendung bei.

2. Warum keine absolute lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord?

a) Unvereinbarkeit der absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem Schuldgrundsatz

Der Schuldgrundsatz besagt, dass jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat *und* zum Verschulden des Täters stehen muss.⁹ Damit ist eine Bestrafung allein nach Maßgabe des begangenen Unrechts nicht zu vereinbaren. Vielmehr muss die im Einzelfall verhängte Sanktion immer auch schuldangemessen sein.¹⁰ Das bedeutet zweierlei: zum einen, dass dem Täter seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann, sog. Strafbegründungsschuld, vgl. §§ 17, 20, 21 StGB; zum anderen, dass die Strafe innerhalb des unrechtsbedingten Strafrahmens nach der individuellen Schuld des Täters zu bemessen ist, sog. Strafzumessungsschuld, vgl. § 46 StGB¹¹.

Mit diesen Grundsätzen ist eine absolute Strafandrohung bei Mord nicht zu vereinbaren, wenn man den Mord als gegenüber dem Totschlag erhöhtes Unrecht versteht; denn dann bleibt kein Raum für eine im Einzelfall auch schuldangemessene Strafe.

Dies im Grundsatz anerkennend hat das BVerfG in der Entscheidung vom 21. Juni 1977 die absolute Strafandrohung der lebenslangen Freiheit nur unter der Voraussetzung als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, dass dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offenbleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer Strafe zu kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen

⁸ *Jescheck/Weigend* Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 51.

⁹ BVerfG 45, 187 Rn. 145 – lebenslange Freiheitsstrafe.

¹⁰ BVerfG NJW 2009, 1061 Rn. 28 – Kannibale von Rotenburg.

¹¹ Letzteres vernachlässigt m.E. *Grünewald* JA 2012, 401 (404), wenn sie postuliert, „die Schuld des Täters kann ‚nur‘ darin liegen, eine unrechte Tat begangen zu haben. Mehr an Schuld ist nicht möglich allenfalls weniger“.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren,¹² resp. schuldangemessen ist.¹³ Allerdings hat das BVerfG ausgeführt, dies sei durch die Anwendung von Vorschriften des Allgemeinen Teils des StGB (§§ 20, 21 StGB) und eine restriktive Auslegung von Mordmerkmalen möglich.¹⁴

Damit hat das BVerfG in m.E. problematischer Weise die Auslegung von Normen mit der Strafzumessung verknüpft. Die Auslegung von Strafnormen ist als (abstrakter) Subsumtionsvorgang von der (konkreten) Bestimmung der Rechtsfolge im Einzelfall zu trennen. Anderenfalls entsteht zwangsläufig ein sich permanent ausdehnendes richterliches Fallrecht (case-law), das unserer dem Gesetzlichkeitsprinzip verpflichteten Strafrechtsordnung (§ 1 StGB) grundsätzlich fremd ist, sich aber nicht zuletzt wegen der Entscheidung des BVerfG im Bereich des § 211 StGB tatsächlich entwickelt hat.

b) Strafraumen statt absoluter Strafe

Statt Gesichtspunkte der Schuld mit der Bestimmung von Unrecht zu vermengen (unter dem diffusen Begriff der „besonderen Verwerflichkeit“¹⁵), sollte die in langem dogmatischen Bemühen entwickelte Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld auch bei den Tötungsdelikten, speziell bei der Differenzierung zwischen Mord und Totschlag, beachtet werden. Dies gewährleistet die Konstituierung der Mordmerkmale als Fälle erhöhten Unrechts und die Ermöglichung schuldangemessenen Strafens durch Schaffung eines Strafraumens im Falle des Mordes.

Mit der Schaffung eines Strafraumens würde auch der Kritik von *Grünwald* Rechnung getragen, wonach die (aus ihrer Sicht nur gegebenenfalls) unrechtssteigernde Wirkung einzelner Mordmerkmale nicht per se geeignet sei, eine Unrechtsqualität „in absoluter Weise“ anzuzeigen, so dass als Strafe einzig die lebenslange Freiheitsstrafe geboten sei.¹⁶ In der Tat sind die Erscheinungsformen der Tötungshandlungen in der Wirklichkeit so vielgestaltig,¹⁷ dass auch bei Vorliegen eines Mordmerkmals gleichzeitig individuelle Umstände vorliegen können, die eine Bestrafung zu lebenslanger Freiheitsstrafe als unangemessen erscheinen lassen. Diese Umstände können und müssen bei der individuellen Strafzumessung Berücksichtigung finden, was einen Strafraumen statt einer absoluten Strafe erfordert.

¹² BVerfGE 45, 187 Rn. 228 – lebenslange Freiheitsstrafe.

¹³ BVerfG NJW 2009, 1061 Rn. 29 – Kannibale von Rotenburg.

¹⁴ BVerfGE 45, 187 Rn. 228 – lebenslange Freiheitsstrafe.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ *Grünwald* JA 2012, 401 (403).

¹⁷ Instruktiv *Stern* Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 3. Aufl. 2013, S. 12 ff.

c) **Höhe des Strafrahmens bei Mord**

Der vorgeschlagene Normal-Strafrahmen für Mord beträgt mit *zehn bis 30 Jahren* das Doppelte des Strafrahmens für Totschlag und bringt damit das diesem gegenüber erhöhte Tatunrecht deutlich zum Ausdruck. Die Überschneidung mit dem Strafrahmen für Totschlag im Bereich von zehn bis 15 Jahren ist Ausprägung des Schuldgrundsatzes, der im untersten Bereich des Mordes und dem höchsten Bereich des Totschlags zu vergleichbaren Strafhöhen führen kann.

Die vorgeschlagene „Verzeitigung“ der lebenslangen Freiheitsstrafe bedeutet keine Relativierung des Lebensschutzes. Mit dem exzeptionellen Strafrahmen von zehn bis 30 Jahren und der absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe bei besonders schweren Fällen bewahrt der Mordtatbestand seine Sonderstellung im Strafgesetzbuch und trägt dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldgrundsatz Rechnung. Bei einer Verurteilung zur Höchststrafe (30 Jahre) betrüge die regelmäßige Verbüßungsdauer (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 StGB) knapp 20 Jahre, bei einem durchschnittlichen Fall (20 Jahre Freiheitsstrafe) ca. 13 Jahre. Das ließe keine signifikante Abweichung des Strafniveaus gegenüber der bisherigen Praxis befürchten (vgl. dazu Referat *Kinzig*).

Eher ist zu bedenken, ob nicht der gegenüber dem geltenden Strafrecht erhöhte Strafrahmen rechtspolitische Ausstrahlung entfalten könnte. Dem ließe sich mit dem Hinweis auf die Einzigartigkeit der Unrechtskumulation des Mordes entgegenreten. Allerdings müssten bei einem Strafrahmen bis zu 30 Jahren *Folgeänderungen* im StGB vorgenommen werden:

So müsste auch bei denjenigen erfolgsqualifizierten Delikten, bei denen alternativ die lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist (insbesondere § 178 – sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge; § 251 – Raub mit Todesfolge; § 306c – Brandstiftung mit Todesfolge), an deren Stelle eine erhöhte Freiheitsstrafe treten. Diese müsste unter 30 Jahren liegen, weil sich mit der vorliegenden Begründung für die Höchststrafe bei Mord (vorsätzliche Kumulation von Unrecht) 30 Jahre bei diesen Delikten nicht rechtfertigen ließen. Andererseits müsste sie im Höchstmaß über 15 Jahren liegen, z.B. bei 20 Jahren. Ob eine solche „Verzeitigung“ ein Absinken des sonstigen Strafniveaus oder ein Ansteigen befürchten lässt, ist schwer vorauszusagen. Bislang erfolgt bei diesen Delikten kaum eine Verurteilung zur lebenslangen Freiheitsstrafe (vgl. dazu Referat *Kinzig*).

Ferner müssten unbillige Rechtsfolgen vermieden werden, die sich aus den 30 Jahren ergeben könnten. Das gilt insbesondere im Hinblick auf diejenigen Normen, die auf § 49 StGB verweisen, namentlich §§ 17 Satz 2, 21 und 27 Absatz 2 StGB. Bei ei-

nem Strafraumen von zehn bis 30 Jahren würde zum Beispiel die geminderte Höchststrafe gemäß § 49 Absatz 1 Nummer 2 StGB 22 1/2 Jahre betragen, was unangemessen wäre. Aus diesem Grunde sieht § 212 Absatz 1 Satz 2 StGB-neu bei diesen Normen einen Strafraumen entsprechend dem geltenden Recht vor.

Die Beispiele zeigen, dass sich die vorgeschlagene Höchststrafe, auch wenn sie für sich genommen angemessen erscheint, nicht ohne weiteres in das vorhandene Straffolgensystem einfügen lässt. Aus diesem Grunde wird **alternativ** die *Möglichkeit einer Verurteilung zu zeitigen Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren bis zu 15 Jahren (§ 38 Absatz 2 StGB) oder zu lebenslanger Freiheitsstrafe* vorgeschlagen. Auch dadurch würde ein Kernanliegen des Vorschlages, im Hinblick auf das Schuldprinzip die Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe aufzubrechen, realisiert werden. Das Schwurgericht hätte die Möglichkeit, über die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach Gesichtspunkten der Schuld zu befinden, ausgenommen bei besonders schweren Fällen des Mordes (§ 212 Absatz 2 StGB-neu).

3. Warum keine Regelbeispiele, sondern Qualifikationen?

Erblickt man in den Mordmerkmalen Beschreibungen von Handlungs- oder Erfolgsunrecht, das zusätzlich zur Tötung verwirklicht wird (oben unter B. II. 1.), dann ist schon deswegen ihre Ausgestaltung als Merkmale eines Qualifikationstatbestands geboten. Es ist Zweck und Aufgabe der Tatbestandsbildung, den typischen Unrechtsgehalt eines Delikts zu charakterisieren.¹⁸

Folglich scheidet die Konstruktion der Mordmerkmale als Regelbeispiele grundsätzlich aus. Die Regelbeispielstechnik würde das Vorliegen eines Mordes (statt eines Totschlags) im Einzelfall von der Bewertung der Tat und ihrer Umstände durch den Richter abhängig machen. Dadurch würden die Mordmerkmale entweder zu bloßen Strafzumessungsgesichtspunkten im Rahmen einer schuldangemessenen Bestrafung, was dem Unrechtscharakter der Mordmerkmale nicht gerecht würde; oder aber man würde es, wenn man gleichwohl den Unrechtscharakter behaupten wollte, faktisch der Beurteilung des Richters überantworten, im Einzelfall Unrecht zu bestimmen, indem er wegen Mordes verurteilt. Das ist, wie ausgeführt, mit dem Gesetzlichkeitsprinzip nur schwer zu vereinbaren. Die Bestimmung von Unrecht ist Sache des Gesetzgebers.¹⁹

¹⁸ S. Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht AT, 44. Aufl. 2014, Rn. 110 ff.

¹⁹ Dazu Walter NStZ 2014, 368.

Mit der Bestimmung der Mordmerkmale als Tatbestandsmerkmale in einem Qualifikationstatbestand ist zudem eine Reihe weiterer Vorteile für die Praxis verbunden:

- höhere Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit auf der Voraussetzungsseite, insbesondere keine Probleme bei Versuch und Irrtum;
- höhere Anforderungen an die Darlegung der tatsächlichen Voraussetzungen im Urteil, dadurch höhere Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht;
- die Entscheidung zwischen einer Verurteilung wegen Mordes oder wegen Totschlags ist nicht der Verständigung zugänglich.

4. Warum Regelungen für „besonders schwere Fälle“ ?

Der vorgeschlagene § 211 Absatz 2 StGB-neu sieht die lebenslange Freiheitsstrafe für „besonders schwere Fälle“ des Mordes vor und benennt hierfür Regelbeispiele. Erfasst sind diejenigen Fälle, die bislang dem Merkmal „besondere Schwere der Schuld“ in § 57a Absatz 1 Nummer 2 StGB subsumiert werden (näher dazu Referat *Rieker-Müller/Schady*) und damit anerkanntermaßen höchststrafwürdiges Mord-Unrecht (mehrere Mordmerkmale, mehrere Opfer, mehrere Straftaten) verwirklichen. Der Vorschlag trägt zum einen dem weit verbreiteten Bedürfnis nach Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Fälle höchster Strafwürdigkeit Rechnung. Da die lebenslange Freiheitsstrafe nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht verfassungswidrig ist, ist der Gesetzgeber zu dieser Sanktion befugt, auch wenn die Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe, wie oben ausgeführt, systemwidrig ist.

Der Vorschlag mildert die Systemwidrigkeit dadurch ab, dass er eine Konkretisierung der besonders schweren Fälle in Form von Regelbeispielen vorsieht. Das steht zwar in einem Widerspruch zu den vorstehenden Ausführungen unter B.II.3, erscheint aber vom Ergebnis her vertretbar. Absatz 2 erfasst nur den engen Bereich anerkanntermaßen höchster Schuld. Die Regelbeispielstechnik berücksichtigt, dass diese Rechtsprechung die von ihr entwickelten Kriterien nicht schematisch anwendet.²⁰

Ein weiterer Vorteil der Regelung bestünde darin, dass sie die Prüfung der Schwere der Schuld durch das Vollstreckungsgericht entfallen ließe (§ 57a Absatz 1 Nummer 2 StGB). Allein das Tatgericht würde darüber entscheiden, ob ein besonders schwerer Fall des Mordes vorliegt. Das ist ganz im Sinne der „Schwurgerichtslösung“²¹ und be-

²⁰ Bspw. BGH NStZ 2009, 203, 204.

²¹ BVerfGE 86, 288; näher dazu Referat *Rieker-Müller/Schady*, S. 7.

seitigt das bislang systemfremde Einfließen der besonderen Schuldschwere in die an Prognose-Gesichtspunkten auszurichtende Vollstreckungsentscheidung (vgl. dazu Referat *Rieker-Müller/Schady*). Freilich würde konsequenter Weise eine Erhöhung der Mindestverbüßungsdauer bei besonders schweren Fällen erforderlich sein, z.B. auf 20 Jahre. Die entspräche der gegenwärtigen Praxis zu § 57a StGB (20,3 Jahre in 2013; näher dazu das Referat von *Rieker-Müller/Schady*).

5. Welche Mordmerkmale?

a) „Mordlust“?

Das Merkmal sollte gestrichen werden. Gibt es das überhaupt? In der Sache geht es wohl eher um Fälle gänzlich fehlender Empathie (zum Beispiel Töten „aus Langeweile“). Verurteilungen in der Praxis sind selten. Gegebenenfalls kommt eine Subsumtion unter die neu zu schaffende Motivgeneralklausel „*sonst aus menschenverachtenden Beweggründen*“ in Betracht.

b) „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ – „um sich oder einen anderen hierdurch sexuell zu erregen“

Die vorgeschlagene Neuformulierung („*um sich oder einen anderen hierdurch sexuell zu erregen*“) entspricht dem Gesetzestext an anderer Stelle (§ 174 Absatz 2 StGB) und ist wohl auch sachlich richtiger. Es geht primär um die sexuelle Erregung beziehungsweise deren Steigerung durch Tötung.

c) „aus Habgier“ – „Absicht, sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern“

„Habgier“ ist eine Untugend, religiös gesprochen, eine Sünde. Die Rechtsordnung – der, wie ausgeführt, das zusätzliche Unrecht der Mordmerkmal ausschließlich entnommen werden sollte – kennt (nur) die „rechtswidrige Bereicherungsabsicht“. Mit der vorgeschlagenen Änderung („*in der Absicht, sich oder einen anderen rechtswidrig zu bereichern*“) wäre auch der Kritik an der Rechtsprechung des BGH durch *Merkel* in der Sitzung am 7. Januar 2015 Rechnung getragen.

d) „sonst aus niedrigen Beweggründen“ – „sonst aus menschenverachtenden Beweggründen“; „wegen dessen Geschlecht, Abstammung, Herkunft oder religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung“

Die Formulierung „*sonst aus niedrigen Beweggründen*“ ist unjuristisch, unspezifisch und unbestimmt. Stattdessen sollten soweit wie möglich konkrete Beweggründe benannt werden, die im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen, so dass ihr Vorliegen

zusätzliches Unrecht darstellt. So verhält es sich bei den vorgeschlagenen Beweggründen der dritten Fallgruppe („wegen dessen Geschlecht, Abstammung, Herkunft oder religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung“), die das fundamentale verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Artikel 3 GG) verletzen. Hierzu gehört zwar auch die Tötung eines anderen wegen dessen „Rasse“, doch sollte dieser Begriff aus historischen Gründen vermieden werden, auch wenn er sich in Artikel 3 Absatz 3 GG findet. Was damit gemeint ist, wird durch den Begriff der „Abstammung“ im weiteren Sinne erfasst.

Der Beweggrund der „Rache“ sollte nicht aufgenommen werden (vgl. Stellungnahme des Verf. zum Referat *Schneider* „Zur strafrechtlichen strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata und de lege ferenda“). Zwar ließe sich dafür anführen, dass der Täter die auf der Überwindung der Rache basierende staatliche Friedensordnung und damit eine wesentliche Voraussetzung für die Achtung des Eigenwerts eines jeden Menschen verletzt. Dagegen spricht jedoch, dass Rache beziehungsweise Vergeltung nicht per se im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Die Vergeltung als solche ist sogar ein anerkannter Strafgrund.

Abzuraten ist ferner von der Normierung „politischer Beweggründe“ als Mordmerkmal (so aber *Schneider*), weil dies die Gefahr politischer Strafprozesse heraufbeschwören würde, insbesondere wenn es um Tötungen aus politischen Gründen im Ausland geht. Die Gerichte würden zwangsläufig mit der Problematik des Tyrannenmordes konfrontiert werden.

Eine *Motivgeneralklausel* erscheint angesichts der Vielfalt der Tötungsdelikte unverzichtbar. Diese sollte insbesondere an die zweite und dritte Fallgruppe des Gesetzesvorschlags anknüpfen und das Leitmotiv der Verletzung der Menschenwürde ausdrücken. Das könnte die Formulierung „aus sonstigen menschenverachtenden Beweggründen“ leisten. In der Gesetzesbegründung wäre klar zu stellen, dass damit eine handlungsleitende mentale Einstellung gemeint ist, die nicht nur den Anspruch des Getöteten auf sein Leben, sondern zusätzlich auf Achtung seiner Würde negiert („Verachtung“).²² Die Verwendung des Begriffs in der Neuregelung des § 46 StGB steht dem nicht entgegen (Verbot der Doppelverwertung).

²² Den Begriff „menschenverachtend“ befürwortet aus psychiatrischer Sicht *Janzarik* Nervenarzt (1992) 63, 656 insbesondere gegenüber einem Verständnis der „niedrigen Beweggründe“ als „solipsistische Rücksichtslosigkeit der Interessenverwirklichung“ (dazu *Heine* Tötung aus niedrigen Beweggründen 1988); das Wort „solipsistisch“ meine eine Extremform weltabgewandter Selbstbezogenheit, die von Fall zu Fall auch als „schwere andere seelische Abartigkeit“ verstanden werden könne. Auch die psychiatrischen Anmerkungen von *Janzarik* zu einzelnen Merkmalen, bspw. zur „Habgier“ („Habenwollen um jeden Preis“), und zum Merkmal „grausam“ („Der emotionalen Tönung nach ist Grausamkeit keine stürmische, sondern eine eher verhaltene und mit menschenverachtender Distanz zum Opfer ausgestattete Regung“) sprechen m.E. für den eine bestimmte mentale Einstellung kennzeichnenden Begriff der Menschenverachtung.

e) **„heimtückisch“ - „mittels eines hinterlistigen Überfalls“**

Siehe hierzu Papier des *Verf.* Vorzugswürdig anstelle des bisherigen (zu weiten) Merkmals der Heimtücke ist das engere Merkmal **„mittels eines hinterlistigen Überfalls“** (vgl. § 224 Absatz 1 Nummer 3 StGB). Wer auf diese Weise tötet, verletzt zusätzlich das ihm entgegengebrachte Vertrauen, ein schutzwürdiges Rechtsgut, und begeht dadurch zusätzliche Unrecht.

f) **„grausam“ – „qualvoll“**

Wer **„qualvoll“** tötet, begeht zusätzlich zur Tötung Körperverletzungen und verstößt gegen das Folterverbot, wodurch er zusätzliches Unrecht begeht.

g) **„mit gemeingefährlichen Mitteln“**

Die Beibehaltung rechtfertigt sich wegen der zusätzlich zur Tötung gegebenen Gefährdung weiterer Menschenleben.

h) **„um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken“**

Zu den Gründen für die Beibehaltung siehe Referat des *Verf.* Die darin vertretene Auffassung einer einschränkenden Auslegung der Verdeckungsabsicht auf planvolles Vorgehen ließe sich nur mit dem zusätzlichen Merkmal **„mit der Überlegung ...“**²³ begrifflich erfassen, das allerdings dogmatisch solitär dastehen würde. Die aufgezeigten Probleme würden jedoch überhaupt entschärft, wenn man, wie vorgeschlagen, bei Mord neben der absoluten Freiheitsstrafe eine zeitige schafft und zusätzlich die Anwendung des § 213 StGB auf Mordtaten eröffnet (siehe § 213 StGB-neu).

III. Minder schwere Fälle (§ 213-neu)

Der vorgeschlagene § 213 StGB-neu präzisiert die Voraussetzungen einer Strafmilderung bei Konflikttaten und bezieht Verzweiflungstaten mit ein. Zudem erstreckt er den Anwendungsbereich auf Mordtaten. Die Vorschrift trägt damit der empirischen Häufigkeit solcher Taten bei allen Tötungsdelikten vor allem im sog. Nahraum Rechnung.²⁴ Zu den Einzelheiten der vorgeschlagenen Ergänzungen s. Referat *Rissing-van Saan*, ferner den Alternativ-Entwurf Leben.²⁵

²³ Vgl. dazu auch *Brunhöber* HRRS 12/2011, 513, 516.

²⁴ Näher dazu z.B. *Stern* Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren 3. Aufl. 2013, S. 12 m.w.N.

²⁵ GA 2008, 193 ff.

4. VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan

Im Gesetzesvorschlag werden die täterstrafrechtlich gefärbten Begriffe des „Mörder“ und „Mörder ist“ des § 211 StGB und „ohne Mörder zu sein“ des § 212 StGB als historisch belastet und überflüssig gestrichen, hingegen als Kennzeichnung des Tatobjekts der „andere“ Mensch eingefügt, um klarzustellen, dass die Selbsttötung keine tatbestandliche Handlung sein soll.

Der Vorschlag greift unter anderem die Ideen von *Eser* im Gutachten D zum 53. DJT und der Autoren des Alternativ-Entwurfs Leben auf. Der Grundtatbestand vorsätzlicher Tötungsdelikte wird unter § 211 StGB-E geregelt und zusammen mit den straf erhöhend wirkenden Regelbeispielen als „Mord“ bezeichnet, während § 212 StGB-E als „Totschlag“ die minder schweren Fälle vorsätzlicher Tötungen enthält. Auf diese Weise wird dem Rechtsgut Leben die herausgehobene Stellung, die ihm von der Verfassung in der Gesamtheit der Rechtsgüter zugewiesen ist und ihm auch im Strafrecht zukommt, klar zum Ausdruck gebracht.

Durch die Umwandlung der Mordmerkmale in Regelbeispiele wird der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des geltenden § 211 StGB aufgelöst. Die Vorschläge für die Regelbeispiele des besonders schweren Falles orientieren sich hier am gegenwärtigen Merkmalskatalog des § 211 Absatz 2 StGB. Der Katalog des § 211 Absatz 2 StGB-E ist nicht abschließend, sondern lässt einen unbenannten besonders schweren Fall zu. Dadurch soll der § 212 Absatz 2 StGB des geltenden Rechts ersetzt werden.

§ 211 - Mord

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren, in einem besonders schweren Fall mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. das Opfer

a. zu seiner sexuellen Erregung oder Befriedigung, aus Freude am Töten, aus Habgier, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat oder aus einem anderen besonders niedrigen Beweggrund,

b. in qualvoller Weise,

c. unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit

tötet, oder

2. mehrere Menschen tötet, zu töten versucht oder durch die Tat in eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben bringt, oder

3. als Mitglied einer Bande oder Organisation tötet, die auch die Begehung von Gewalttaten zum Gegenstand hat.

§ 212 - Totschlag

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren bestraft, wenn er

1. ohne eigene Schuld durch eine ihm, einem Angehörigen oder einer andere ihm nahestehende Person zugefügten Misshandlung oder schweren Beleidigung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbare heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wird,

2. aus Verzweiflung handelt, um sich, einen Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person aus einer unverschuldeten und ihm ausweglos erscheinenden Zwangslage zu befreien, oder

3. durch eine vergleichbare schwere Konfliktlage zur Tötung bestimmt wird.

§ 213 wird gestrichen.

5. BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider

1. Der im Folgenden unterbreitete Vorschlag zur Reform von Mord und Totschlag soll rechtspraktisch zu konstatierende Schwächen der geltenden Regelungen durch Ergänzung sowie Neufassung einzelner Mordmerkmale beseitigen. Darüber hinaus gilt es, den allseits als unbefriedigend empfundenen Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus zwischen Mordmerkmalen und lebenslanger Freiheitsstrafe aufzubrechen. Dabei kann es allerdings nicht darum gehen, diese Sanktion auf breiter Front zurückzudrängen. Die lebenslange Freiheitsstrafe ist im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung fest verwurzelt. Als gerechte staatliche Reaktion auf höchststrafwürdige Tötungsverbrechen kann sie faktisch nicht zur Disposition des Reformgesetzgebers stehen. Pointiert: Mord muss – gleichsam als unverrückbare Grundkonstante – weiterhin regelmäßig lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen. Lediglich in Ausnahmefällen ist es im Interesse verhältnismäßigen Strafens angezeigt, Delikte nach § 211 StGB mit zeitiger Freiheitsstrafe zu ahnden. Solches drängt sich auf, wenn das Unrecht der Tat und darauf fußend die Schuld des Täters durch außergewöhnliche Umstände derart deutlich gemindert sind, dass die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe unangemessen ist. In Betracht kommen insoweit vor allem Sachverhalte, in denen allgemeine Rechtfertigungsgründe nach §§ 32 und 34 StGB unvollkommen vorliegen (Chantage- und Haustyrannen-Fälle). Zur technischen Umsetzung dieses Regelungsanliegens bietet es sich an, die Vorschrift des § 211 StGB um einen gesonderten Absatz zur Privilegierung derartiger Taten zu ergänzen („Öffnungsklausel“).

2. Die vorgeschlagene Ausgestaltung des § 211 StGB folgt im Wesentlichen der geltenden Gesetzeskonzeption. Danach legt der Gesetzgeber die Fälle, in denen er höchststrafwürdiges Tötungsunrecht für verwirklicht und damit die lebenslange Freiheitsstrafe als sachgerecht erachtet, mit Hilfe tatbestandlicher Mordmerkmale fest. Sie kennzeichnen das signifikant gesteigerte Handlungsunrecht der einschlägigen Taten. Inhaltlich orientieren sie sich an den Leitprinzipien der besonderen Sozialschädlichkeit sowie der gesteigerten Verwerflichkeit. Ausgehend hiervon ist auf Folgendes aufmerksam zu machen:

- Subjektive Mordmerkmale (Mordlust; Befriedigung des Geschlechtstriebes; Habgier; Verdeckungs- und Ermöglichungstötung) zählen zum Standardrepertoire des § 211 StGB. Vor diesem Hintergrund muss an der hierzu ergänzend normierten Motivgeneralklausel ungeachtet der dagegen vorgebrachten Kritik festgehalten werden. Der Sache nach stellt der „sonstige niedrige Beweggrund“ des § 211 Absatz 2 StGB eine Auffangvorschrift dar, auf die aus übergeordneten Gründen der Gerechtigkeit nicht verzichtet werden kann. Pointiert: Wer deren Abschaffung propagiert, müsste sich

beispielsweise damit anfreunden, dass Ehrenmorde, Blutrachefälle oder sogenannte „Hate-Crimes“ zukünftig nur noch als Totschlag geahndet werden können. Mehr noch: Die Abolitionisten hätten – rückblickend betrachtet – sogar Schwierigkeiten, die rassistisch motivierten Gewaltverbrechen der Nazis als (unverjähbaren) Mord einzuordnen. Ein vernünftiger Gesetzgeber muss alles daran setzen, derartige Verwerfungen durch Rückgriff auf die Motivgeneralklausel zu vermeiden.

- Reformbedürftig erscheint demgegenüber das Mordmerkmal der Heimtücke. Die schlichte Normierung des gängigen höchstrichterlichen Heimtückebegriffs bietet sich freilich nicht an. Da die „Heimtücke“ in ihrer gegenwärtigen Ausdeutung mit dem unbehilflichen Definitionselement des „Ausnutzungsbewusstseins“ befrachtet ist, ist sie rechtspraktisch freihändigen psychologisierenden Dezierungen im Sinne einer (ansonsten verpönten) negativen Typenkorrektur ausgeliefert. Diesem unbefriedigenden Umstand sollte der Reformgesetzgeber ein Ende bereiten.

Allerdings verengt das Mordmerkmal der Heimtücke geradezu „klassische“ Fälle höchststrafwürdigen Tötungsunrechts. Dazu zählen neben dem „Giftmord“ vor allem die Tötung Schlafender sowie Taten, in denen der Täter hinterhältig vorgeht (Angriff von hinten sowie Locken des Opfers in einen Hinterhalt). Weiterhin ist zu erwägen, die Tötung von Säuglingen, Kleinkindern und sonstigen hilflosen Personen durch Einfügen des neuen Mordmerkmals der Tötung Wehrloser als Mord zu erfassen. Diese Ausdehnung der Norm dient insbesondere dem Schutz kleiner Kinder. Deren Tötung unterfällt nach bisherigem Recht häufig nicht dem Straftatbestand des (heimtückisch begangenen) Mordes, obschon sie höchststrafwürdig erscheint. Der Gesetzgeber sollte hierauf Bedacht nehmen. Eine Reform der Tötungsdelikte, die den bislang defizitären Kinderschutz negiert, wäre kaum zeitgemäß.

- Einer gesonderten Regelung bedarf die „schlichte“ Mehrfachötung in Form der Vernichtung mehrerer Menschenleben durch eine Tat. Solche Sachverhalte werden derzeit von § 211 StGB nicht erfasst; darüber hinaus werden sie der rechtspraktisch nahezu leerlaufenden Strafzumessungsbestimmung des § 212 Absatz 2 StGB gemeinhin nicht subsumiert. Dieser Befund erstaunt; mehr noch: Er wirkt nahezu befremdlich. Allein schon mit Blick auf das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln ist es wertungsmäßig angezeigt, die (tatsituativ sogar realisierte) Vielfachötung als höchststrafwürdiges Verbrechen nach § 211 StGB einzustufen. Es ist ein Postulat gerechten Strafens, die Gerichte durch Einführung eines neuen einschlägi-

gen Mordmerkmals zur Ahndung derartiger Straftaten mit lebenslanger Freiheitsstrafe anzuhalten.

3. Einer Reform bedarf weiterhin die den Täter eines vorsätzlichen Tötungsverbrechens bislang großzügig privilegierende Strafbestimmung des § 213 StGB. Im Ausgangspunkt ist klarzustellen, dass diese Strafzumessungsregel allein Fälle des Totschlags betrifft und auf Mordtaten keine Anwendung findet. Es bietet sich an, sie als eigenständigen Absatz in die Vorschrift des § 212 StGB einzufügen.

Weiterhin ist die derzeit extrem weit gefasste Strafzumessungsregel des § 213 StGB auf wirklich privilegierungswürdige Fälle des Tötungsunrechts zurückzuführen. Eingedenk des herausragenden Stellenwerts des vom Täter vorsätzlich vernichteten Rechtsguts „Leben“ sollte die Strafrahmensverschiebung auf Sachverhalte der jeweils schuldlosen Provokations- und Verzweiflungstat begrenzt werden. Demgegenüber ist die gegenwärtig für sonstige „minder schwere Fälle“ vorgesehene Strafrahmensverschiebung überzogen. Wer den Schutz des alles überragenden Rechtsguts „Leben“ zum ausschlaggebenden Gradmesser einer Reform der Tötungsdelikte macht, kann banales Raisonieren über allfällige Milderungsfaktoren (Schwere Jugend; Unbestraftheit; frühzeitiges Geständnis; Reue) nicht als legitimen Anknüpfungspunkt für drastischen Strafnachlass akzeptieren. Angesichts dessen sollte im zukünftigen Recht auf eine Privilegierung ungenannter minder schwerer Fälle verzichtet werden.

Zudem drängt es sich auf, die Untergrenze des Strafrahmens für Taten nach § 213 StGB im Mindestmaß auf zwei Jahre Freiheitsstrafe anzuheben. Hierdurch soll die Verhängung von Bewährungsstrafen für die Tötung eines Menschen weitestgehend ausgeschlossen werden. Dies erscheint sachgerecht; denn wer vorsätzlich das Leben eines Menschen auslöscht und damit denkbar schweres Unrecht auf sich lädt, sollte auf strafzumessungsrechtliche Nachsicht in Gestalt einer bedingten Freiheitsstrafe nicht hoffen dürfen.

Aufbauend auf diesen kursorischen Erwägungen bietet sich folgende Regelung der §§ 211-213 StGB an:

§ 211 (Mord)

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft, wenn er

-- zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat, mutwillig, aus Mordlust, zur Erregung des Geschlechtstriebes, aus Habgier, krasser Selbstsucht oder aus einem sonstigen niedrigen Beweggrund,

-- hinterhältig oder unter Ausnutzung der Schutzlosigkeit des Opfers, unter Zufügung erheblicher körperlicher Qualen, mit gemeingefährlichen Mitteln oder Gift handelt.

(2) Ebenso wird bestraft, wer durch die Tat vorsätzlich mehrere Menschen tötet.

(3) Liegen außergewöhnliche Umstände vor, die das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters erheblich mindern, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahre zu erkennen.

§ 212 StGB (Totschlag)

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

(3) In minder schweren Fällen ist Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren verwirkt. Minder schwere Fälle liegen nur dann vor, wenn der Täter ohne eigene Schuld

-- durch eine ihm oder einer ihm nahestehenden Person zugefügten Misshandlung oder schwerwiegenden Beleidigung zum Zorne gereizt und dadurch situativ unmittelbar zur Tat hingerissen geworden ist,

-- aus Verzweiflung handelt, um sich oder eine ihm nahestehende Person aus einer ihm begreiflicherweise ausweglos erscheinenden Konfliktlage zu befreien.

§ 213 (Totschlag im minder schweren Fall)

entfällt

VII. Protokolle

Erste Sitzung am 20. Mai 2014

Ort: Gustav-Radbruch- Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 18:00 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Bundesminister Maas, BMJV Frau Staatssekretärin Dr. Hubig, BMJV Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Rechtsanwalt Dr. König Herr Prof. Dr. Kröber Herr Prof. Dr. Lilie Herr Prof. Dr. Merkel Herr Regierungsdirektor Reinhard Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
BMJV:	Herr Ministerialdirektor Dittmann Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Herr Ministerialrat Dr. Bösert Frau Richterin Grigo Frau Staatsanwältin Mielenz Herr Kupferschmidt	
Verfasser:	Frau Staatsanwältin Mielenz	

Herr Minister eröffnete im Beisein von Frau Staatssekretärin die Sitzung. Nachfolgend übernahm Herrn Dr. Böhm die Sitzungsleitung und moderierte die Impulsreferate der Teilnehmer der Expertengruppe:

Dölling ging für die Überarbeitung der §§ 211 ff. StGB von der Prämisse aus, dass die geplante Reform die Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) nicht erfassen soll. Er erörterte die Kriterien, an denen sich die Neuregelung orientieren sollte. Zentrales Anliegen sollte eine Lösung sein, die Gerechtigkeit und Rechtssicherheit schaffe. Zugleich müsse versucht werden, eine konsensfähige Lösung und breite gesellschaftliche Akzeptanz zu finden. Dabei stelle sich zunächst die Frage, ob eine tatbestandliche Einheits- oder eine Stufenlösung gewünscht sei. Im letzteren Falle müssten konsequenterweise auch Überlegungen zu Beteiligungsfragen angestellt werden. Im Übrigen seien Folgeänderungen eher nachrangig. Persönlich bevorzuge er ein Stufenmodell, das Privilegierungen in Form von „minder schweren Fällen“ vorsehe. Daneben sei auch eine Abgrenzung „nach oben“, etwa durch Regelbeispiele für besonders schwere Fälle, denkbar.

Grünewald wies eingangs darauf hin, dass eine Reform der Tötungsdelikte unstreitig auch eine sprachliche Bereinigung der Mord- und Totschlagsparagrafen umfassen dürfte. Diese stelle aber ein eher geringes Problem dar. Der notwendige Umfang einer Neuregelung der Tötungsdelikte müsse ihrer Ansicht nach §§ 211 – 213 StGB erfassen. Denkbar sei zunächst ein minimalistischer Ansatz, der sich auf eine alternative Anordnung einer zeitigen Freiheitsstrafe neben der bislang zwingend anzuordnenden lebenslangen Freiheitsstrafe des § 211 StGB beschränken könnte; alternativ komme auch eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 213 auf § 211 StGB in Betracht. Diesem minimalistischen Ansatz stehe die Möglichkeit einer umfangreichen Neuregelung der Tötungsdelikte gegenüber. Dabei könne entweder auf eine dreistufige Lösung unter Anwendung der Regelbeispieltechnik zurückgegriffen oder ein (reines) Privilegierungsmodell geschaffen werden, das eine tatbestandliche Abgrenzung ausschließlich „nach unten“, also durch Bevorzugung weniger strafwürdiger Fallkonstellationen vornehme. Sie gebe dem letztgenannten Modell den Vorzug, da es der Wertigkeit des Rechtsguts Leben angemessen Rechnung trage, und begrüße insoweit die Struktur des DAV-Vorschlags, plädiere jedoch gleichzeitig für eine ausdrückliche Regelung von Milderungsgründen. Diese sollten ausschließlich in einer unrechtmindernden Mitverantwortung des Opfers eines Tötungsdelikts in Form eines von diesem zu vertretenden Verhaltens liegen. Ein solches Vorverhalten müsse, um zugunsten des Täters berücksichtigt zu werden, die Schwelle einer Rechtsverletzung überschreiten. Provokationen in Form bloßer Kränkungen sollten hierfür nicht genügen.

Ignor begrüßte zwar prinzipiell den DAV-Vorschlag, hielt jedoch eine Regelung für vorzugs-
würdig, die Fälle geringeren oder gesteigerten Unrechts bzw. geringerer oder gesteigerter
Schuld ausdrücklich vorsehe. Anders als vom DAV vorgeschlagen, sei bei einer Neurege-
lung eine Differenzierung der Strafhöhe nicht vorrangig anhand der Schuld, sondern primär
am Unrecht festzumachen, und zwar Unrecht, das zur Tötung hinzukomme. Dabei lasse sich
unterscheiden zwischen zusätzlichem Erfolgsunrecht, etwa die Verwendung gemeingefährli-
cher Mittel zur Tötung, und zusätzlichem Handlungsunrecht. Hier könne eine Differenzierung
etwa anhand bestimmter Absichten oder Beweggründe erfolgen, wobei das jeweilige tatbe-
standliche Unwerturteil aus der Verfassung herzuleiten sei. Zu denken sei an Verstöße ge-
gen das Diskriminierungsverbot (Artikel 3 GG) oder Tötungen, durch die das Opfer zusätzlich
in seiner Menschenwürde verletzt werde (Artikel 1 Absatz 1 GG), etwa im Falle von Habgier.
Eine Privilegierung milderer Fälle könne wie bei § 213 StGB im Rahmen der Schuld
erfolgen. Möglich seien auch strafprozessuale Änderungen. Die vom DAV als „Schuldinter-
lokut“ vorgeschlagene Modifizierung des Hauptverfahrens bei Tötungsdelikten solle jedoch,
wenn sie in Betracht gezogen werde, eher als „Tatinterlokut“ ausgestaltet/bezeichnet wer-
den.

König wies darauf hin, dass der Vorschlag von *Ignor* das Problem des „Ermittelns für den
Tatbestand“, also der gezielten Befragung eines Beschuldigten durch Ermittlungsbehörden
nach Tatumständen, die ein oder mehrere Mordmerkmale erfüllen, nicht löse. Dies sei insbe-
sondere bei der ersten Vernehmung eines Beschuldigten in Abwesenheit eines Verteidigers
problematisch.

Jaß sah das Problem des „Ermittelns für den Tatbestand“ in der Praxis als kaum relevant an.
Vielmehr würden Beschuldigte – auch bei Kapitalverbrechen – allgemein nach dem Sach-
verhalt befragt, ohne dass dabei versucht werde, dem Beschuldigten gezielt Einlassungen zu
möglichen Mordmerkmalen zu entlocken. Wichtig sei bei Neuregelung die Berücksichtigung
der berechtigten Interessen der Tatbetroffenen, insbesondere der Angehörigen der Opfer.
Zudem sei es nicht sinnvoll, die Unverjährbarkeit des Mordes infrage zu stellen. Fortschritte
in der Ermittlungstechnik und spezialisierte Sondereinheiten für sogenannte „cold cases“
führten gerade bei Altfällen zunehmend zu Ermittlungserfolgen. Insgesamt solle eine Neure-
gelung der Tötungsdelikte auch nicht zu einer grundsätzlichen Absenkung des Strafrahmens
für solche Taten führen. Auf den Einwand, dass die beschriebenen Fortschritte in der Ermitt-
lungstechnik gerade bei lange zurückliegenden Taten zu einem Ungleichgewicht zuungun-
sten der Beschuldigten (mangels Möglichkeit, dem etwa durch DNA-Funde erzeugt Beweis-

druck substantiiert entgegenzutreten) führten, stellte er klar, dass in der Praxis nur besonders eindeutige Spuren verfolgt würden und eine unnötige Konfrontation mit kaum zu widerlegenden Beweismitteln nicht statfinde.

König stellte den Ende Januar 2014 vorgelegten Entwurf des Deutschen Anwaltverein zur Überarbeitung der §§ 211 ff. StGB vor. Die erhobene Kritik an dessen Verzicht auf unrechtershöhende oder unrechtersmindernde Tatbestandsmerkmale sei nicht berechtigt. § 94 Absatz 2 StGB eigne sich nicht als Vorbild für eine Neuregelung, da dessen nicht abschließender Katalog von Regelbeispielen keine ausreichende Rechtsklarheit gewährleiste. Eine tatbestandliche Unrechtersdifferenzierung sei insgesamt aber bei den Tötungsdelikten bereits aufgrund der Absolutheit des geschützten Rechtsguts Leben nicht sinnvoll. Der Schwerpunkt einer Neuregelung solle auf dem Aspekt der Spezialprävention liegen; im Vordergrund müsse deshalb ein Strafraumen stehen, der im Einzelfall die Anordnung einer schuldangemessenen Strafe gewährleiste; hierfür seien tatbestandliche Vorgaben wie Mordmerkmale zwangsläufig zu pauschal. Das vorgeschlagene Tat- bzw. Schuldinterlokut solle in erster Linie das Dilemma des schweigenden Angeklagten lösen, der sich zu Strafzumessungsfragen derzeit faktisch kaum äußern könne; die strafprozessrechtliche Umsetzung könne sich an dem entsprechenden Regelungsvorschlag des Alternativ-Entwurfs Leben orientieren. Zudem sei die Schuldschwereklausel des § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB zu streichen.

Lilie stellte kurz Inhalt und Ziel des Alternativ-Entwurf Leben dar; vorrangiges Ziel sei der Schutz des Lebens als höchstes Rechtsgut gewesen, der Gesichtspunkt der Prävention habe dabei im Mittelpunkt der Überlegungen gestanden. Strukturell handle es sich um ein zweistufiges Modell mit drei Strafraumen („modifizierte Dreistufigkeit“ – *Eser*). Grundsätzlich werde an den bisherigen Begrifflichkeiten festgehalten; diese würden jedoch inhaltlich neu ausgefüllt (Mord als Grundtatbestand, Totschlag als Privilegierung bzw. spezifisch schuldgeminderte Tötung). Der Entwurf verwende eine eigene Regelbeispielstechnik, die sich von der bisherigen Gesetzessprache unterscheide. Die Regelbeispiele seien Ausdruck bestimmter unrechtershöhender Leitmotive, so etwa krasse Verletzungen des Gleichheitssatzes, organisierte Tötungen oder Handeln aus Gewinnstreben. Auch spreche man sich für eine Streichung der Schuldschwereklausel gemäß § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB aus. Insgesamt sei der Entwurf als notwendiger Kompromiss zwischen gesetzlichen Vorgaben und richterlicher Entscheidungsfreiheit zu begreifen.

Merkel legte seinem Referat die Prämisse zugrunde, dass die bekannten Unzulänglichkeiten der §§ 211ff. StGB deutlich für eine Überarbeitung sprächen. Das Hauptproblem liege in dem Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des § 211 StGB und hier bereits in der zwingenden Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Eine gewissermaßen „grenzenlose Schuld“, die man tatbestandlich typisieren und die als angemessene Strafe eine zeitlich grenzenlose Strafe nach sich ziehen könne, gebe es nicht. Unbefriedigend sei auch, dass die bisherigen „Mordmerkmale“ sich nicht auf ein einheitliches, kohärentes Leitprinzip zurückführen ließen. Das Kriterium einer besonderen Gefährlichkeit als Leitbild für die Unterscheidung von Totschlag und Mord sei problematisch, da unklar sei, ob diese an die Tat, den Tattypus oder gar den Täter selbst anknüpfe; im letzteren Fall bestehe die Gefahr einer Vermischung von Maßregel und Strafe. Das Leitbild der „Verwerflichkeit“ sei, obwohl es vielfach als unbestimmt und moralisierend kritisiert werde, jedenfalls kein a limine ungeeignetes Abgrenzungskriterium. Auf ein solches – im Ansatzpunkt subjektives – Kriterium werde man nämlich kaum verzichten können, da kein Mensch einen anderen aus rein deskriptiv erfassbaren Gründen töte, sondern stets erst aufgrund einer subjektiven (emotionalen) Bewertung solcher Umstände. Die Suche nach einem einheitlichen Leitprinzip werde sich jedoch als schwierig erweisen.

Er sprach sich dafür aus, den bisherigen Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus aufzubrechen. Dabei sei ein flexibles Modell wie das des Alternativ-Entwurfs Leben, das gewisse Leitlinien in Form von Regelbeispielen bereitstelle, gegenüber einem gänzlichen Verzicht auf konkretisierende Tatbestandsmerkmale, wie der DAV-Vorschlag es vorsehe, vorzugswürdig. Eine generelle Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe komme voraussichtlich nicht in Betracht. Eine Streichung der Schuldschwereklausel des § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB sei grundsätzlich zu begrüßen, sie bedürfe aber einer sorgfältigen Begründung und vor allem der vorherigen Ergänzung der „Punktstrafe“ um die Möglichkeit einer zeitigen Freiheitsstrafe auch für den Mord.

Reinhard wies eingangs auf die zentrale Bedeutung der Tötungsdelikte im Strafgesetzbuch und deren Symbolträchtigkeit für das Rechtsempfinden der Gesellschaft hin. Eine Reform müsse dabei behutsam umgesetzt werden. Die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord sei eine zentrale Wertentscheidung des Strafrechts, die nicht aufgegeben werden solle. Ähnliches gelte auch für die Nichtverjährbarkeit des Mordes; der DAV-Vorschlag mit der Aufgabe des Mordes als eigenem Tatbestand berücksichtige diesen Punkt nicht hinreichend. Die Hauptproblematik des aktuellen § 211 StGB liege in der Verknüpfung exklusiver Tatbestandsmerkmale mit der absoluten Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Eine Lösung der gegenwärtigen Probleme könne notwendigerweise nur im Wege eines Kompromisses erfol-

gen. Die politische Grundentscheidung müsse dabei der Gesetzgeber treffen. Er regte an, dass die Expertengruppe nicht einen Regelungsvorschlag erarbeiten, sondern dem Gesetzgeber mehrere denkbare Modelle als Orientierung aufzeigen solle. Ohne sich hierzu eine endgültige Meinung gebildet zu haben, könne er sich gegebenenfalls auch einen Mordtatbestand ohne absolute Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe (also mit möglicher Anordnung zeitiger Freiheitsstrafe nach dem Vorbild des § 211 Abs. 3 StGB a.F.) vorstellen.

Schady erläuterte Inhalt und Gründe des Entwurfs des Landes Schleswig-Holstein zur sprachlichen Bereinigung der §§ 211 ff. StGB. Trotz der zunächst rein sprachlichen Anpassung, die der Entwurf beinhalte, solle dieser eine spätere inhaltliche Überarbeitung nicht ausschließen. Im Gegenteil sei der Gesetzesantrag als Versuch einer „Initialzündung“ für eine spätere inhaltliche Reform zu begreifen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt habe er sich noch nicht auf ein konkretes Modell für eine Überarbeitung der Tötungsdelikte festgelegt. Der Vorschlag des DAV sei wegen dessen gedanklicher Klarheit begrüßenswert. Persönlich präferiere er tendenziell jedoch eine Regelung mit weiter reichenden gesetzlichen Vorgaben, etwa in Form von Regelbeispielen, wie der Alternativ-Entwurf Leben sie vorsehe. Die lebenslange Freiheitsstrafe solle grundsätzlich als Sanktion bestehen bleiben, ihre Androhung in § 211 StGB jedoch nicht mehr absolut sein.

Schneider sah als Kernpunkt einer Reform der Tötungsdelikte die Entscheidung, ob die lebenslange Freiheitsstrafe künftig weiterhin als Punktstrafe (Exklusivität/Absolutheit), als Regelstrafe oder lediglich als Strafobergrenze ausgestaltet werden solle. Er selbst sprach sich dafür aus, die lebenslange Freiheitsstrafe als Regelstrafe für Mord vorzusehen, und führte diese auf die gesellschaftliche Verankerung der Leitformel „Lebenslang für Mord“ zurück. Wollte man an diesem Leitbild festhalten, solle eine Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsprinzips des § 211 StGB vorzugsweise durch eine Anpassung auf der Rechtsfolgenseite erfolgen. Er rate davon ab, einen Katalog von Regelbeispielen mit einem offenen Strafraumen (mit der lebenslangen Freiheitsstrafe als Strafobergrenze) zu kombinieren. In diesem Fall werde die Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Tötungsdelikten voraussichtlich zur Ausnahme. Vorzugswürdig sei es deshalb, besonders strafwürdige Fälle wie bisher in Form von Tatbestandsmerkmalen zu normieren. In normstruktureller Hinsicht bevorzuge er ein dreistufiges Regelungsmodell, wobei Abstufungen nach unten und oben an das jeweils vertypete Handlungsunrecht geknüpft werden sollten.

Eine Überarbeitung der derzeitigen „Mordmerkmale“ sei zu begrüßen. Eine Reform müsse jedoch versuchen, die gewählten Differenzierungsmerkmale an einem gemeinsamen Leitprinzip auszurichten. Hierfür schlägt er die Sozialschädlichkeit der jeweiligen objektiven und

subjektiven Merkmale vor. Dabei lasse sich das friedliche gesellschaftliche Zusammenleben über die Artikel 1 und 20 GG ohne weiteres aus der Werteordnung des Grundgesetzes ableiten. Es sei jedoch nicht erforderlich, dass jedes strafscharfende Merkmal eines Tatbestands lückenlos auf die Verfassung zurückführbar sei.

Der Verzicht des Alternativ-Entwurfs Leben auf ein Regelbeispiel der „Heimtücke“ beziehungsweise der sonst niedrigen Beweggründe führe fast ausnahmslos dazu, dass eine Tötung von Kleinkindern nicht als Mord zu werten sei. Seiner Meinung nach sei die Tötung hilfloser Personen jedoch ein Paradebeispiel für eine Strafschärfung. Dagegen fielen Taten aus dem sozialen Nahbereich tendenziell eher aus dem Raster besonders sozialschädlicher Tötungen.

Kröber wünschte sich als Forensiker und Diagnostiker bei dieser bedeutsamen Thematik ausreichende inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers. Wie eine Reform der Tötungsdelikte technisch umzusetzen sei, könne und solle Aufgabe der Rechtswissenschaft und des Gesetzgebers sein.

Die Mitglieder der Expertengruppe erarbeiteten gemeinsam eine erste Themenliste. Die enthaltenen Themenkomplexe und Fragestellungen sollten in Form von Einzelreferaten der Mitglieder der Expertengruppe vorgestellt werden. Die Arbeiten sollten nach einem Jahr abgeschlossen sein. Ergebnis solle ein Bericht mit Empfehlungen für die nachfolgende Überarbeitung der Tötungsdelikte sein.

Zweite Sitzung am 2. Juli 2014

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 16:45 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Prof. Dr. Kröber Herr Prof. Dr. Merkel Herr Regierungsdirektor Reinhard Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
Gäste:	Frau Vorsitzende Richterin am OLG Pisal	
BMJV:	Herr Ministerialdirektor Dittmann Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Herr Ministerialrat Dr. Bösert Herr Staatsanwalt Meile	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile	

Referat der Präsidentin des Deutschen Juristinnenbundes, Frau Ramona Pisal:
Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte

Pisal stellte die vorläufige Stellungnahme der Kommission Strafrecht des djb zu einer Reform der Tötungsdelikte vor. Einführend betonte sie, dass in der Realität der Schwerpunkt weniger bei Frauen als Täterinnen, sondern bei Frauen als Opfer von Tötungsdelikten liege, und untermauerte dies durch Zahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS). So seien circa 87% der Tatverdächtigen bei den Straftatbeständen Mord und Totschlag männlich, aber nur circa die Hälfte der Opfer seien Männer. Es bestehe zudem ein großes Ungleichgewicht zwischen versuchten und vollendeten Tötungen zum Nachteil von Frauen, was Spekulationen dahingehend zulasse, dass entsprechende Handlungen häufiger zum Erfolg führten als Delikte, die sich gegen Männer richteten.

Eckpunkte einer Reform der Tötungsdelikte sollten aus Sicht des djb sein:

- Beibehaltung des § 211 StGB
- Klarstellung des Verhältnisses zwischen §§ 211, 212 StGB als Grundtatbestand (Totschlag) und Qualifizierung (Mord)
- Grundsätzliches Festhalten an den geltenden Mordmerkmalen
- Einführung eines Schuld minderungsgrundes beim Mordmerkmal der Heimtücke, der es insbesondere beim so genannten „Haustyrannenfall“ gestatte, von einer Bestrafung wegen Mordes abzusehen
- Wiedereinführung des mit dem 6. StrRG abgeschafften § 217 StGB (Kindestötung) in modifizierter Form.

Im Einzelnen:

- Frauen als Opfer von Tötungsdelikten:

Aus Opferschutzgesichtspunkten sei die Abschaffung des Mordtatbestandes sowie der Mordmerkmale nicht angezeigt. Dies gelte insbesondere für das Mordmerkmal der Heimtücke sowie die Motivgeneralklausel des niedrigen Beweggrundes. Soweit Frauen Opfer solcher Tötungshandlungen seien, geschähen diese zumeist im sozialen Nahbereich im Rahmen der Beendigung von Beziehungen (diese Wahrnehmung wurde von *Jaß* in der anschließenden Diskussion bestätigt). Während einige Täter mit dem Angebot einer ‚letzten Aussprache‘ das Opfer in eine ungeschützte Situation lockten oder überraschend übergriffig würden (Heimtücke), würden andere fast objektsähnliche Besitzansprüche an das Opfer er-

heben oder sprächen diesem ein Lebensrecht nach Auflösung der Partnerschaft ab (niedriger Beweggrund). Ähnlich verhalte es sich mit ‚Ehrenmorden‘, bei denen nach aktueller Rechtsprechung die Motive an der deutschen Wertauffassung zu messen seien und das Verständnis des Täters und seiner Familie nur noch auf der subjektiven Ebene zum Tragen kommen könnte. Überlegenswert sei jedoch, die Heimtücke auf ihren Wesenskern zurückzuführen und ein – wie auch immer geartetes – strukturelles Ungleichgewicht zwischen Täter und Opfer zu verlangen.

- Frauen als Täterinnen von Tötungsdelikten:

Bei den praktisch relevanten Tötungsdelikten von Frauen handle es sich zum einen um die Mitleidstötung und den Mitnahmesuizid, die beide durch das Korrektiv der ‚feindlichen Willensrichtung‘ bereits eine zutreffende Sachbehandlung durch die Gerichte erführen.

Zum anderen sei die Fallgruppe der Kindestötungen in oder kurz nach der Geburt von Relevanz. Hier habe die Streichung des § 217 StGB (Kindestötung) zu einer bedenklichen Entwicklung geführt. Der Wegfall der Sperrwirkung der Privilegierung ermögliche nunmehr auch in diesen Fällen eine Verurteilung wegen Mordes. Anders als der Gesetzgeber des 6. StrRG dies erwartet habe, führe die psychische Ausnahmesituation der entbindenden Mutter nicht regelmäßig zur Annahme eines minder schweren Falles, sondern es gebe sogar umgekehrt Fälle, in denen der niedrige Beweggrund der krassen Selbstsucht angenommen werde. Daher habe auch die Untersuchungshaft in entsprechenden Fällen zugenommen. Betrachte man die seltenen Fälle der Kindestötung, die nahezu durchweg davon gekennzeichnet seien, dass die Täterinnen sehr jung seien, die Schwangerschaft verleugneten, von der Geburt überrascht würden und aus prekären Verhältnissen stammten sowie die Tötung des Kindes unmittelbar während oder nach der Geburt erfolge, sei eine Verurteilung wegen Mordes nicht angemessen. Der djb spreche sich deshalb für eine Wiedereinführung des § 217 StGB als Privilegierung aus, der allerdings nicht auf nichteheliche Mütter beschränkt sein solle.

Eine weitere praxisrelevante, wenn auch – entgegen der Aufbereitung in der Presse – sehr seltene Fallgruppe seien Fälle der Tötung des „Haustyrannen“. Auch hier müsse den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalles – wie zum Beispiel jahrelangen Qualen und Befürchtungen hinsichtlich weiterer Gewaltakte in der Zukunft – im Rahmen der Tatmotivationsrechnung getragen werden. Die aktuelle Lösung über eine Strafrahmenverschiebung gemäß § 49 StGB verbrauche diese Argumente. Vorzugswürdig sei daher die Lösung über § 35 Absatz 2 StGB, da dieser weitestgehend dem tatsächlichen Tathintergrund entspreche

und somit die Tatumstände mildernd im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden könnten.

Im Rahmen der Strafzumessung legten Gerichte eine gewisse Neigung an den Tag, die Höchststrafe zu vermeiden, wenn das Gesetz es ihnen ermögliche. So würde von § 212 Absatz 2 StGB (besonders schwerer Fall des Totschlages) in der Praxis kaum Gebrauch gemacht; an dieser Norm müsse daher nicht festgehalten werden.

Diskussion

Die anschließende Diskussion fokussierte sich auf das Mordmerkmal der Heimtücke und auf die strafrechtliche Behandlung von Kindestötungen in oder kurz nach der Geburt. Hinsichtlich der seltenen Anwendung des § 212 Absatz 2 StGB wies *Rissing-van Saan* darauf hin, dass der besonders schwere Fall des Totschlages in der Praxis schwer begründbar sei, da es sich gerade nicht um kodifizierte Mordmerkmale handeln dürfe. Das Gericht müsse einerseits begründen, dass kein Mordmerkmal, aber andererseits eine ähnlich gelagerte Situation vorliege. Das und nicht die Neigung der Gerichte, die Höchststrafe zu vermeiden, sei Grund für die seltene Annahme. *Deckers* äußerte Zweifel am Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe, das er für eher unbestimmt halte und dessen Eingreifen häufig von den mehr oder weniger geschickten Einlassungen des Täters abhängen. Auch *Rieker-Müller* plädierte nachfolgend für eine Konkretisierung dieses Mordmerkmals. Deshalb solle künftig auch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe von der Expertengruppe beleuchtet werden.

- Für eine Wiedereinführung des § 217 StGB (Kindestötung) sprachen sich aus:

Kröber mit dem Argument, § 217 StGB habe der besonderen Situation der Täterinnen besser Rechnung getragen als das geltende Recht. In den meisten Fällen der Kindestötung gebe es aber ohnehin keine Verurteilung; die Verfahren würden auf anderem Wege beendet.

Merkel, der eine Rückkehr zum Grundgedanken des § 217 StGB bei Streichung der Nicht-ehelichkeits-Klausel des früheren Tatbestandes als unterstützenswert bezeichnete.

Safferling, der darauf hinwies, dass viele ausländische Rechtsordnungen entsprechende Vorschriften enthielten.

Deckers, da nach der Abschaffung des § 217 StGB ebenfalls eine bedenkliche Wertever-schiebung von der Privilegierung hin zum Mordmerkmal des niedrigen Beweggrundes fest-zustellen sei.

Rissing-van Saan mit der zusätzlichen Begründung, dass mit dem Wegfall dieser Vorschrift der einzige gesetzliche Anhaltspunkt für den Beginn des menschlichen Lebens im strafrecht-lichen Sinne entfallen sei.

- Gegen eine Wiedereinführung des § 217 StGB (Kindestötung) sprachen sich aus:

Schneider, der ausführte, es gebe keinen Grund, die Kindestötung zu privilegieren. Die aktu-elle Handhabung durch die Rechtsprechung sei gerechter, insbesondere bei Täterinnen, die wiederholt die Tötung eines Neugeborenen begangen hätten.

Jaß, der darauf hinwies, dass den meisten Tatbegehungen seiner Erfahrung nach Planung und Kalkül zugrunde liege. Die niedrige Zahl der abgeurteilten Fälle erkläre sich nicht zuletzt daraus, dass die Täterin die Kindsleiche abseits der Wohnung ablege und deshalb nur schwer zu ermitteln sei. In solchen Fällen müsse es sich auch nicht zwingend um eine Über-forderung der Mutter handeln. Es sei immer wieder eine emotionale Kälte der Täterinnen festzustellen.

Zum Mordmerkmal der Heimtücke sahen die Mitglieder der Expertengruppe zwar gesetzge-berischen Handlungsbedarf. Jedoch sei zu berücksichtigen, dass der „Haustyrannenfall“ ein Akt der Selbstjustiz sei, die sonst als niedriger Beweggrund angesehen werde. Eine Privile-gierung sei aufgrund der Friktionen in der Argumentation kritisch zu prüfen. Dabei stieß der Lösungsvorschlag des djb allgemein auf Kritik. Stattdessen wurden verschiedene andere Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen:

- Für die Normierung eines minder schweren Falles der Heimtücke sprachen sich aus:

Schneider mit dem Argument, bei dieser Lösung bleibe der Schuldspruch als Mord – der den sozialetischen Vorwurf auch zutreffend wiedergebe – erhalten. Jedoch werde im Rahmen der Strafzumessung eine schuldangemessene Bestrafung ermöglicht. Allerdings wolle er die Anwendung der „Öffnungsklausel“ auf „außergewöhnliche“ Fälle beschränkt wissen. Der Lösungsvorschlag des djb über §§ 35 Absatz 2, 49 StGB führe hingegen zu einer bedenkli-chen Durchbrechung der Systematik, da Notstandsgesichtspunkte in aller Regel nicht

schuldpruchmäßig, sondern nur strafmildernd berücksichtigt würden. Zur Verdeutlichung: Dieser Ansatz müsse dann konsequenterweise – was er nicht befürworte – auch im Rahmen der gefährlichen Körperverletzungsdelikte Anwendung finden.

Kröber, der zu bedenken gab, dass das geltende Recht mit seiner Kombination aus Mordmerkmalen und der zwingenden Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe zu zunehmendem Druck auf psychiatrische Gutachter führe, da die Gerichte die Notwendigkeit sehen würden, für die Flexibilität, die ihnen der Straftatbestand nicht gewährt, im Wege der Begutachtung und der Anwendung der §§ 20, 21 StGB zu sorgen. Die ausdrückliche Normierung eines minder schweren Falles würde hier zu einer deutlichen Entlastung beitragen.

- Für eine engere Fassung der Heimtücke sprachen sich aus:

Rissing-van Saan, die das Mordmerkmal der Heimtücke zwar als grundsätzlich unverzichtbar bezeichnete, aber die Auffassung vertrat, es könne auch auf seinen Kernbereich zurückgeführt werden. Durch eine Streichung könne dem eklatanten Beispiel dieses Handlungsunwerts nicht mehr in adäquater Weise Rechnung getragen werden. Im Übrigen seien die Fälle der Haustyrannentötung kein drängendes Problem, da sie in der Praxis kaum vorkämen. Außerdem sei das Strafniveau bei Frauen als Täterinnen im Allgemeinen niedriger als das Strafniveau bei männlichen Tätern.

Dölling, der es für notwendig erachtete, das Mordmerkmal der Heimtücke fassbarer auszugestalten. Ein Vorschlag wäre die Ersetzung des Wortes „heimtückisch“ durch „hinterhältig“ in Anlehnung an § 224 Absatz 1 Nummer 3 StGB.

- Für die Streichung der Heimtücke sprachen sich aus:

Merkel, der das Mordmerkmal als sehr zweifelhaft bezeichnete und die Auffassung vertrat, die Fälle des derzeitigen Heimtückemordes würden als Totschlag angemessen erfasst, nicht zuletzt deshalb, weil hierdurch die Anwendung von § 213 StGB eröffnet werde, dessen Grundgedanke in den entsprechenden Konstellationen nicht selten einschlägig sei. Eine Situation, wie sie § 35 Absatz 2 StGB beschreibe, bestehe gerade nicht. Eine Berücksichtigung des strukturellen Ungleichgewichts zwischen Täter und Opfer – wie sie der djb vorschlage – sei weder sprachlich fass-, noch praktisch anwendbar. Ausgehend davon, dass sich das Kriterium der Verwerflichkeit zur Bestimmung der höchststrafwürdigen Tötungsdelikte noch am ehesten geeignet erscheine, stelle sich die Frage, was an dieser (heimtückischen) Art der

Tatbegehung als eo ipso verwerflich anzusehen sei, so dass es die höhere sozialetische Missbilligung stets rechtfertige. Deutlich werde das Problem beispielsweise daran, dass manche Handlungen der aktiven Sterbehilfe ohne Einwilligung, etwa bei einwilligungsunfähigen, moribunden und schwer leidenden Patienten gegebenenfalls als Heimtücke zu qualifizieren wären, was sachlich unangemessen sei und mit dem Kriterium der „feindlichen Willensrichtung“ oft nur mit einem gewissen dogmatischen „Flunkern“ vermieden werden könne.

Referat von Herrn Prof. Dr. Schneider:

Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda

Ausgangspunkt des Referats von *Schneider* war, dass sich höchststrafwürdige Tötungen nach § 211 StGB vom strafwürdigen „Normalfall“ der Tötung mangels divergierendem Erfolgsunrechts allein anhand des signifikant gesteigerten Handlungsunrechts abheben. Die Frage müsse also nicht lauten, wie jemand eine Tat begehe sondern warum. Als Antwort könne dabei jedoch nicht bei einem moralisierten Gesinnungsgrund Halt gemacht werden. Nach seiner Konzeption seien als tragfähige Abgrenzungskriterien die Gemeinschaftsbedrohlichkeit sowie die Sozialgefährlichkeit in den Blick zu nehmen. Denselben Weg habe bereits der Gesetzgeber vor 1941 beschritten und die „Auflehnung gegen die Grundwerte der Gesellschaft“ und die Rechtswahrungsfunktion des Staates als Differenzierungsmerkmal anerkannt. Nunmehr sei die Abgrenzung an den Wertentscheidungen der Verfassung zu orientieren. Beispielsweise sei die vorsätzliche Tötung aus „Rassenhass“ deshalb höchststrafwürdig, weil der Täter damit nicht hinterfragbare Grundwerte der Gesellschaft (Artikel 1 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 GG) gewaltsam negiere. In den Bereich höchststrafwürdiger Tötungen fielen auch die zur Verdeckung einer Straftat, weil der Täter hierdurch der Rechtswahrungsfunktion des Staates (Artikel 20 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 GG) gewaltsam entgegenwirke, also einen kollektiven Grundwert des demokratischen Rechtsstaats angreife. Dies gelte nicht gleichermaßen für Tötungen mit außerstrafrechtlichen Verdeckungsabsichten, wohl aber für solche in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht. Der Selbstjustiz übende Täter stelle ebenso wie derjenige, der zur Verdeckung einer Straftat töte, die staatliche Rechtswahrungsfunktion in Frage.

Abschließend stellte er folgenden Formulierungsvorschlag zur Diskussion:

§ 211

(x) *Mit lebenslanger Freiheitsstrafe wird bestraft, wer einen Menschen tötet, um die staatliche Verfolgung einer von ihm oder einem anderen begangenen Straftat zu erschweren oder zu vereiteln.*

(y) *Ebenso wird bestraft, wer einen anderen aus Rache oder aus sonstigem Grund tötet, um dadurch die Begehung einer Straftat zu ahnden.*

(z) ...“

Diese Überlegungen seien zunächst auf die Tatbestandsebene beschränkt und müssten durch die Auflösung der zwingenden Verbindung zwischen der Verwirklichung eines Mordmerkmals und der lebenslangen Freiheitsstrafe ergänzt werden. Danach sei zunächst aufgrund der sozialetischen Wertmaßstäbe des Gesetzgebers zwischen Mord und Totschlag zu differenzieren und sodann – auch im Bereich des Mordes – dem Schuldprinzip im Rahmen der Strafzumessungserwägungen Platz einzuräumen.

Referat von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor:

Stellungnahme zum Referat von Herrn Prof. Dr. Schneider „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“

Ignor setzte der generalpräventiven Konzeption von *Schneider*, der Tötungen in Verdeckungs- und selbstjustizieller Bestrafungsabsicht aufgrund der verletzten Rechtswahrungsfunktion des Staates zumindest auf Tatbestandsebene als höchststrafwürdig bezeichnete, seine eigene Konzeption eines am Leitprinzip kumulierten Unrechts und am Schuldprinzip ansetzenden Verständnisses des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht entgegen. Dies sei schon deshalb angemessen, weil die große Mehrzahl der Tötungen im sozialen Nahbereich begangen werde und dort wiederum regelmäßig außergewöhnliche psychische Konfliktlagen eine Rolle spielten. Höchststrafwürdig seien Tötungen nur, wenn die Begehungsweise der Tötung und/oder die Tatmotivation erhöhtes Unrecht aufwiesen. Ausgehend von dieser Position seien Verdeckungstötungen nur dann höchststrafwürdig, wenn sie „mit Überlegung“ begangen würden, weil dann der Täter das Opfer bewusst als Mittel zur Verfolgung seiner Zwecke einsetze und damit zusätzliches Handlungsunrecht verwirkliche. Eine Gleichstellung von Tötungen in Verdeckungsabsicht mit Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht lehnte er ab, da gerade bei letzteren häufig schuld mindernde Aspekte in einer Intensität vor-

lägen, die ihre Einstufung als höchststrafwürdige Tötungen außerordentlich zweifelhaft erscheinen ließen.

Diskussion

Grünwald hob hervor, dass die Tötungsdelikte dem Schutz eines Individualguts dienen. Die Argumentation von *Schneider* hebe maßgeblich darauf ab, dass zusätzlich die „Rechtswahrfunktion des Staates“ vom Täter verletzt werde. Dies führe jedoch dazu, dass neben das Individualgut „Leben“ ein weiteres Schutzgut trete. Die Tötungsdelikte seien aber keine Staatsschutzdelikte, vielmehr solle deren Charakter als ausschließliches Individualdelikt beibehalten werden. Zum Schutz der staatlichen Strafverfolgung oder Rechtspflege gebe es andere Delikte. Verhaltensweisen, die nach diesen speziellen Vorschriften nicht pönalisiert würden, seien als straflos hinzunehmen; daher müssten solche Verhaltensweisen auch nicht vom Tötungsdelikt miterfasst werden.

Der These, dass Selbstbegünstigungstendenzen den Täter im Strafrecht nicht durchweg entlasten, stimme sie zu. Bei der Begründung des Merkmals „Verdeckungsabsicht“ als Mordmerkmal gehe es aber nicht um Entlastung, sondern um Belastung. Die genannten §§ 35, 213 StGB zeigten nur, dass dem Täter eine Begünstigung versagt werde. Daraus könne man jedoch nicht – gewissermaßen umgekehrt – eine Belastung, also eine Unrechts-erhöhung, herleiten. Solle die Verdeckungsabsicht als Mordmerkmal aber begründet werden, sei genau dies erforderlich. Dafür geben die genannten Normen jedoch nichts her.

Befremdlich finde sie den Terminus der „anti-sozialen“ Beweggründe des Täters. Ein Vorzug gegenüber dem Merkmal „niedrige Beweggründe“ oder ein Unterschied zu diesem Merkmal sei nicht erkennbar.

Merkel wandte gegen den Vorschlag von *Schneider* ein, die Selbstbegünstigungsabsicht sei ein allgemein anerkanntes Milderungsmerkmal und könne im Rahmen der Verdeckungsabsicht nicht gut zu Lasten des Täters berücksichtigt werden. Das Argument der Gemeinschaftsbedrohlichkeit sei in Wahrheit zirkulär. Durch die dargelegten Anknüpfungspunkte sei die Verhängung der Höchststrafe nicht zu rechtfertigen; nicht zuletzt deshalb, weil in jeder Tötung die Missachtung des persönlichen Eigenwertes des Getöteten zum Ausdruck komme und sich daran allein keine Folgewirkung für die Gesellschaft festmachen lasse. Vielmehr sei die Frage unter dem Gesichtspunkt der Verwerflichkeitsdifferenzen zwischen einzelnen Taten zu betrachten. Das Kriterium der Verwerflichkeit erscheine als das am ehesten zur Bestimmung höchststrafwürdiger Tötungen geeignete. Danach stelle sich die Konstellation der Verdeckungsmorde so dar, dass zu dem schwerwiegenden Unrecht der vorsätzlichen Tö-

tung ein vergleichsweise sehr leicht wiegender Umstand – die Selbstbegünstigungsabsicht – hinzutrete, der unter Verwerflichkeitsgesichtspunkten aber nicht hinreichend ins Gewicht falle.

Das Gleiche gelte für das dem Tötungsunrecht gänzlich externe Schutzgut der staatlichen Strafverfolgungsinteressen.

Außerdem lasse die schematische Zuordnung zur Sphäre staatlicher Interessen die tatsächliche Motivationslage des typischen Verdeckungsstäters außer Acht. Wer mit Verdeckungsabsicht töte, handle nicht mit der Zielrichtung, eine geordnete Strafrechtspflege zu torpedieren, sondern sich selbst vor nachteiligen Folgen zu schützen. Im Fall der Rache handle der Täter auch nicht, um das staatliche Gewaltmonopol in Frage zu stellen, sondern um aus der Tötung persönliche Genugtuung zu ziehen. Darauf hätte sich dann aber die Begründung des Merkmals zu stützen, nicht auf eine angeblich zusätzliche Verletzung staatlicher Interessen. Und dann verbleibe es eben bei der Feststellung einer schlichten Selbstbegünstigung beziehungsweise im Rache-Fall bei einer gegebenenfalls menschlich verständlichen Reaktion, an deren Zustandekommen das Opfer selbst einen erheblichen Anteil hatte. In beiderlei Hinsicht sei daher die zwingende Androhung der Höchststrafe nicht begründbar.

Kröber wies darauf hin, dass in der forensischen Praxis selten Täter anzutreffen seien, die spontan agiert hätten. Eine ausreichende verbleibende Handlungsmacht sei meist noch vorhanden, wenn auch nicht immer einfach festzustellen. An das Vorliegen einer Bedrängnislage die Differenzierung zwischen Mord und Totschlag knüpfen zu wollen, sei praktisch schwer handhabbar.

Dölling äußerte, er halte die Verdeckungsabsicht als Mordmerkmal durchaus für legitimierbar. Jedoch rechtfertige ein Akt der Selbstjustiz nicht stets die Aufstufung zum Mord, selbst wenn hierdurch das staatliche Gewaltmonopol in Frage gestellt werde.

Rissing-van Saan äußerte die Auffassung, dass Leitprinzipien immer defizitär seien. Sie ließen Fälle außer Acht, die nach gegenwärtigem Recht als höchststrafwürdig gelten würden. Daher solle der Blick zunächst auf die einzelnen Mordmerkmale gerichtet werden. Auch wenn sie die Schlussfolgerungen von *Schneider* teile, könne sie das Sozialgefährlichkeitsmodell nicht mittragen, da es nicht am Schutz des Rechtsgutes Leben orientiert sei.

Dritte Sitzung am 20. August 2014

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 16:40 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Prof. Dr. Kröber Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Dr. h.c. Deckers:

Zum Merkmal der Verdeckung in § 211 Absatz 2 StGB

Deckers sprach sich für die Streichung der Verdeckungsabsicht in ihrer heutigen Form und für die Einführung von Regelbeispielen beziehungsweise eines Systems aus, das eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter – auch im Hinblick auf die Verdeckungsabsicht – zulasse. Der aktuellen Debatte würden Schärfe und tatbestandlicher Reformdruck genommen, wenn die Absolutheit der Höchststrafe aufgegeben würde und damit Verurteilung und Vollstreckung mit Augenmaß erfolgen könnten.

In Deutschland sei ein kontinuierliches Verständnis der Verdeckungsabsicht als Mordmerkmal nicht feststellbar. Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte restriktive Auslegung der Mordmerkmale bezeichnete er als in praxi nicht umgesetzt an. Hierdurch werde das angesprochene Reformbedürfnis induziert. Dies verstärke sich zusätzlich noch dadurch, dass die meisten Mordmerkmale in der Praxis nur dann ‚funktionierten‘, wenn sich der Täter geständig einlasse. Ein solcher Umstand sei nicht ohne Einfluss auf die Vernehmung, in der Mordmerkmale durch den Befragenden gezielt eingeführt und damit suggestiv projiziert würden. Hierdurch sehe er eine effiziente Verteidigung erheblich erschwert.

Diskussion

Die anschließende Diskussion fokussierte sich insbesondere auf die vom Bundesverfassungsgericht geforderte restriktive Handhabung und darauf, ob die Einführung eines Überlegungselementes in den Tatbestand sinnvoll sei. Uneinheitlich wurde die Frage beantwortet, welche Qualität die Tat haben müsse, die der Täter zu verdecken gedenke; hier wurde die gesamte Bandbreite von Ordnungswidrigkeit über Straftat bis hin zum Verbrechen vertreten.

- Für eine Modifizierung der Verdeckungsabsicht sprachen sich aus:

Ignor, der angab, er teile grundsätzlich die erwogenen Bedenken, sei aber der Auffassung, dass mit der vorgeschlagenen Reform kein Mehrwert verbunden sei, sondern lediglich eine Verlagerung des Abgrenzungsproblems von der Ebene des Tatbestandes in die der Strafzumessung erfolge. Die strafrechtliche Frage, ob bestimmte Tatumstände als Mordmerkmale zu qualifizieren seien, die zu einer Straferhöhung bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe führen könnten, solle grundsätzlich primär unter dem Gesichtspunkt des zusätzlichen Erfolgs- oder Handlungsunrechts, das heißt des Handlungs- und Gesinnungsunwerts einer Tötungshandlung, diskutiert werden. Hierbei komme dem verfassungsrechtlichen Gebot, die

Menschenwürde zu achten (Artikel 1 GG), eine hohe Bedeutung zu. Es verbiete, andere Menschen für eigene Zwecke zu instrumentalisieren. Dies sei bei einer Tötung in „Verdeckungsabsicht“ der Fall, wenn diese mit berechnender Überlegung und nicht überwiegend affektiv oder aus einem Konflikt heraus begangen werde.

Schneider, der die Auffassung vertrat, dass die Rechtsprechung die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nur deshalb ignoriere, weil diese den Kern der Problematik nicht trafen. So setze sich das Gericht nicht in ausreichendem Maße mit dem Umstand des Vorverschuldens, insbesondere mit der Frage der *selbstverschuldeten* Bedrängnis auseinander. Hier sei eine Überbewertung erfolgt, die nicht in das Gesamtkonzept, namentlich im Hinblick auf § 213 StGB, der eine *unverschuldete* Bedrängnis regle, passe.

Im Rahmen der Verdeckungsabsicht könne man zwar mit der Menschenwürde argumentieren, dieser Umweg sei jedoch nicht erforderlich, da vielmehr die Rechtswahrungsfunktion des Staates direkt zum Tragen komme. Dem Täter sei lediglich Flucht und Lüge erlaubt. Alles andere instrumentaliere das Opfer und stehe als sozialschädliche Handlung im direkten Widerspruch zum staatlichen Rechtswahrungsanspruch und rechtfertige somit die Verurteilung wegen Mordes. Dabei handle es sich bei den Nachweisschwierigkeiten nicht um ein mordspezifisches, sondern ein bei jedem subjektiven Merkmal des Strafgesetzbuches gegebenes Problem.

Erwägenswert wäre eine (nochmalige) Auseinandersetzung mit den Punkten „Überlegung“ und „Selbstverschulden“. Hinsichtlich des Überlegungselements gab er jedoch zu bedenken, dass es ein solches bereits früher gegeben habe, das Reichsgericht jedoch daran gescheitert sei, es in der Praxis handhabbar zu machen. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Bundesgerichtshof ebenso scheitere, sei hoch.

Rissing-van Saan, die das Auseinanderdriften der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof bestätigte. Ihrer Meinung nach sollten Verdeckungs- und Ermöglichungsabsicht parallellaufend ausgestaltet werden, um einen Gleichklang beider Merkmale zu gewährleisten. Beides sehe sie als höchststrafwürdig an. Innerhalb des Tatbestandsmerkmals der Verdeckungsabsicht müsse jedoch zusätzlich auf die Zielsetzung des Täters geachtet werden. Zur Korrektur könne auch auf die „Zäsurelösung“ zurückgegriffen werden, die sich in der Vergangenheit in der Praxis jedoch nicht habe durchsetzen können.

Dölling, der die Auffassung vertrat, bei einer Streichung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht sei der Opferschutz nicht ausreichend berücksichtigt. Wenn ein den Täter verfolgender Polizist für das Interesse der Rechtsgemeinschaft tätig werde, müsse diese ihm

auch einen entsprechenden Schutz – insbesondere für sein Leben – bieten. Griffe man hierfür auf ein Überlegungselement zurück, wäre die Grenzziehung jedoch völlig aufgelöst. Der Tatbestand wiese dann keinerlei Konturen mehr auf und wäre im Zweifelsfall nicht greifbar.

Kröber, der hervorhob, dass Fälle, in denen die Tathandlungen (zum Beispiel die Vergewaltigung und die anschließende Tötung) auseinanderfielen, relativ leicht zu lösen seien. Wesentlich schwieriger erwiesen sich Handlungen, die fließend ineinander übergingen (zum Beispiel die in eine Tötung mündende Körperverletzung). Hier wäre eine „Zäsurlösung“, die eine Reflexion und einen neuen Handlungsentschluss voraussetzt, vorzugswürdig, wenn auch nicht zwingend. Insbesondere sei darauf zu achten, dass der Lebenssachverhalt durch die juristisch normative Betrachtung nicht künstlich zerstückelt werde. Damit sei der Grundstein für die angesprochenen Probleme in der Erstvernehmung gelegt. Dieser Punkt solle im Rahmen einer Reform unbedingt Eingang in die Diskussion finden.

- Für eine Streichung sprach sich aus:

Grünewald, die die emotional aufgeladene Situation, in der sich der Täter befindet, nicht zu dessen Gunsten berücksichtigt wissen wolle. In diese Situation habe er sich selbst gebracht mit der Folge, dass dieser Umstand nicht zur Begründung einer Privilegierung herangezogen werden könne. Zur Begründung einer zwingenden Qualifizierung sei er jedoch ebenfalls nicht geeignet.

Auch der Ansatz von *Ignor*, nach dem beim Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht Unrecht um weiteres Unrecht ergänzt werde, treffe nicht zwangsläufig zu. Für die Annahme der Verdeckungsabsicht genüge es, wenn der Täter sich vorstelle, eine Straftat zu verdecken. Eine Straftat oder ein Unrecht, das verdeckt werden solle, müsse also nicht zwangsläufig auch objektiv vorliegen, sondern nur in der Vorstellung des Täters existieren. Im Übrigen instrumentalisiere jeder, der einen anderen töte, ohne hierfür einen „guten“ Grund zu haben, das Opfer und verletze dessen Recht auf Menschenwürde. Das Merkmal eigne sich daher nicht, um den Sprung vom Totschlag zum Mord zu vollziehen – das Niveau eines Mordes werde bereits durch die Tötung des Opfers „ohne guten Grund“ und nicht erst bei einer weiteren daneben bestehenden Wertwidrigkeit erreicht.

Allein schon die Vielzahl an Auslegungsmöglichkeiten, die die Diskussion zu Tage gefördert habe, spreche gegen die Bestimmtheit des Merkmals der Verdeckungsabsicht und für dessen Streichung. Restriktionsbemühungen und deren Rücknahme seien auch für dieses Mordmerkmal symptomatisch. Bei subjektiven Mordmerkmalen bestehe des Weiteren stets die Gefahr der Manipulierbarkeit. Die Aufnahme subjektiver Mordmerkmalen im Gesetz ste-

he im Widerspruch zur Entwicklung in der Strafrechtsdogmatik. So werde der Vorsatz als subjektives Kriterium wegen der Schwierigkeit eines verlässlichen empirischen Nachweises in der Literatur zunehmend normativ verstanden.

Referat von Herrn Prof. Dr. Schneider:

Thesen zur Heimtücke

Schneider betonte die aus seiner Sicht bedenkliche Driftbewegung der Rechtsprechung weg vom Koinzidenzprinzip. Entgegen klassischer Fälle der Ausnutzung eines Überraschungsmoments würden nunmehr auch Fälle unter den Begriff der Heimtücke subsumiert, die höchststrafwürdig sein mögen, von dieser originär aber nicht umfasst gewesen seien und seiner Meinung nach auch nicht umfasst sein sollen. In diesem Zusammenhang benannte er die Tötung Schlafender oder das Locken in einen Hinterhalt mit anschließender Offenbarung, ohne dass dem Opfer anschließend Möglichkeiten zur Flucht blieben. Hierdurch werde zusammen mit den ureigenen Fällen der Heimtücke (Vertragskiller, Haustyrannenmorde, etc.) eine riesige Bandbreite von Lebenssachverhalten abgedeckt. Daher verwundere es auch nicht, wenn aufgrund dieser Ausdehnungstendenzen zur Korrektur Restriktionen (Ausnutzungsbewusstsein, feindliche Willensrichtung, etc.) durch die Rechtsprechung entwickelt worden seien. Dabei handle es sich jedoch um Tatbestandsmerkmale, die das Gesetz nicht vorsehe, und einen Ausdruck dafür, dass die Rechtsprechung sich einer stringenten Dogmatik verweigere und vielmehr mittels vieler „Ventile“ für Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen gedenke. Bereits dieser Umstand verlange nach einer Reform des Merkmals.

Nahezu jeder Täter sei darauf bedacht, die Schwäche(n) seines Opfers auszunutzen – dies sei Ausdruck einer möglichst effizienten Tötung. Das Bild des ehrenvollen Duells könne schon längst nicht mehr als Standard angesehen werden. Um jedoch die Höchststrafwürdigkeit zu begründen, müsse vielmehr ein über das bloße Legalvertrauen, nicht unvermittelt angegriffen zu werden, hinausgehendes besonderes Vertrauen enttäuscht werden. Dieses Vertrauen werde sich aber kaum so in Worte kleiden lassen, dass es als handhabbares Kriterium dienen könnte. Dasselbe gelte aber auch für den aktuellen Begriff der „Tücke“, die ebenfalls schwer abgrenzbar sei.

Heimtücke spiele innerhalb der gesamten Tötungsdelikte (§§ 212, 211 StGB) keine alles überragende Rolle, so dass es verfehlt sei, sie als „Normalfall“ der vorsätzlichen Tötung zu bezeichnen. Dennoch empfehle sich aus den genannten Gründen eine Überarbeitung. Die ersatzlose Streichung sei dabei keine Option. Über eine Ersetzung durch Begriffe wie „List“ oder „hinterhältig“ könne man nachdenken. Schon jetzt wäre jedoch durch eine korrigierte

Rechtsprechung – ohne Gesetzesänderung – eine Rückkehr zum Koinzidenzprinzip möglich, indem Fälle des Lockens in eine ausweglose Situation sowie die Tötung von Schlafenden und Kindern wieder aus der „Heimtücke“ ausgeklammert würden.

Die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe könne bei den Familientyrannenfällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Dieses Problem wäre durch die Einfügung eines gesonderten Absatzes in § 211 StGB, der die Möglichkeit enthielte, eine zeitige (Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren) statt der lebenslangen Freiheitsstrafe zu verhängen, lösbar.

Eine wie auch immer geartete Reform des § 211 StGB dürfe nicht dazu führen, dass Merkmale, die den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen nach höchststrafwürdig seien, vom Tatbestand ausgeschlossen würden.

Referat von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor:

Heimtückemord aus Verteidigersicht

Ignor sprach sich für eine weitgehende Streichung der Heimtücke bei gleichzeitiger Beibehaltung eines Teilbereiches im Sinne einer näher zu bestimmenden „Hinterhältigkeit“ aus. Dies lasse sich anthropologisch vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass Menschen sich einander regelmäßig ein gewisses Grundvertrauen entgegenbrächten. Eine Höchststrafwürdigkeit sei bei hinterlistiger Ausschaltung dieses basalen Grundvertrauens angezeigt. Da die meisten Fälle der Heimtücke zugleich auch andere Mordmerkmale erfüllten, sei auch eine Streichung denkbar, ohne dass dies zu einer unerträglichen Strafbarkeitslücke führe.

Akuter Handlungsbedarf bestehe, weil derzeit ein und dasselbe Merkmal je nach Fallgestaltung in opfer- und täterorientierte Elemente zerfasert werde. Eine konsistente praktische Handhabung sei dadurch nicht gewährleistet. Während eine opferorientierte Betrachtung die Tücke und Verschlagenheit der Handlung außer Acht ließe, mache ein täterorientiertes Verständnis die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers obsolet. Hier müsse die Entscheidung für *ein* Modell getroffen werden, wobei sich die opferorientierte Deutung derzeit als unbrauchbar erweise, insbesondere weil der Bundesgerichtshof diesen Ansatz in Fällen des Mitleids (Euthanasie, Mitnahmesuizid) nicht konsequent verfolge. Zudem sei der Schutz von Opfern im sozialen Nahbereich (Kleinstkinder, Schlafende) durch eine unmodifizierte Heimtücke nicht in jedem Fall gewährleistet. Das Kriterium der Schutzbedürftigkeit des Opfers, das in der Rechtsprechung durchaus eine Rolle spiele, erweise sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als fragwürdig, weil Artikel 3 GG eine Abstufung unter den Opfern nicht zulasse.

Diskussion

- Für eine engere Fassung des Mordmerkmals der Heimtücke sprachen sich aus:

Rissing-van Saan, die das Mordmerkmal der Heimtücke als das in der Bevölkerung präsenteste bezeichnete, so dass es rechtspolitisch nur sehr schwer möglich sei, den Bürgerinnen und Bürgern verständlich zu machen, warum es gestrichen werden solle. Die zugleich täter- und opferorientierte Auslegung der Rechtsprechung sehe sie indes nicht als Problem, sondern als zwei Seiten einer Medaille an. Im Ergebnis sprach sie sich für eine Reduktion der Heimtücke auf das Heimliche und Tückische bei einer gleichzeitigen Schaffung eines neuen Mordmerkmals aus, um die Schwächeren der Gesellschaft adäquat zu schützen.

Jaß, der angab, er erachte den in der Rechtswissenschaft häufig angeführten Fall des Haustyrannenmordes für wenig(er) praxisrelevant. Eine ersatzlose Streichung unterstütze er nicht, da hierdurch insbesondere bei Tötungen in Partnerschaften, bei denen zumeist keine weiteren Mordmerkmale in Betracht kämen, eine Verringerung des Schutzniveaus zu befürchten sei.

Deckers, der das Merkmal der Heimtücke tat- und nicht täterbezogen nannte. Ein Einfallstor für die täterbezogene Sichtweise stelle jedoch das durch die Rechtsprechung begründete Element des Ausnutzungsbewusstseins dar. Die „Zerfaserung“ des Merkmals und die Komplexität der Einzelfallentscheidungen sorgten für eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

- Für eine Streichung der Heimtücke sprachen sich aus:

Grünwald, die das Merkmal als verzichtbar und die Streichung auch als gesellschaftlich umsetzbar bezeichnete. Den Bürgerinnen und Bürgern seien die derzeitigen Mordmerkmale, wie Umfragen gezeigt hätten, nicht bekannt. Diese gingen vielmehr davon aus, Mord sei eine absichtliche Tötung und Totschlag eine Tötung im Affekt. Das laufe auf das Feuerbach'sche Modell aus dem 19. Jahrhundert hinaus. Eine rechtspolitische Debatte sei bei einer Streichung des Merkmals daher nicht zu befürchten.

Ein grundlegendes Problem der Heimtücke sei, dass sie den listig vorgehenden Täter erfasse und im Vergleich dazu den aggressiv vorgehenden besserstelle. Ein weiteres bestehe darin, dass Tötungen von Kleinstkindern und Bewusstlosen im Gegensatz zu Tötungen von Schlafenden nicht erfasst würden. Der Grund dafür, dass Haustyrannenfälle, mögen sie auch selten vorkommen, in der öffentlichen Wahrnehmung so präsent seien, liege in der evident

problematischen Klassifizierung. Es sei schwer zu vermitteln, wenn jemandem die Begehung eines Mordes, also schwerstes Unrecht, vorgeworfen werde in Fällen, die eine so große und auffällige Nähe zur Notwehr oder dem Defensivnotstand aufwiesen. Denn dadurch werde das Unrecht der Tötung derart verringert, dass die Bezeichnung der Tat als Mord kaum noch als sachgerecht anzusehen sei.

Kröber, der ausführte, die Heimtücke stelle eine Art Auffangtatbestand für den Vorsatz dar. Damit handle es sich in der Praxis um nichts anderes als Gesinnungsstrafrecht. Vor diesem Hintergrund könne er, auch weil der Unterschied zwischen einem Heimtückemord und einem regulären Totschlag nur graduell sei, auf dieses Merkmal verzichten.

Vierte Sitzung am 8. Oktober 2014

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 16:30 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Rechtsanwalt Dr. König Herr Prof. Dr. Kröber Herr Prof. Dr. Merkel Herr Regierungsdirektor Reinhard Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Herr Staatsanwalt Meile Frau Staatsanwältin Mielenz Herr Doroszewski	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Frau Staatsanwältin Mielenz Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Dr. h.c. Deckers:

Zum Merkmal der Heimtücke in § 211 Absatz 2 StGB

Deckers stellte dar, in welcher Weise und mit welchen Konsequenzen die höchstrichterliche Rechtsprechung das Gebot der restriktiven Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 45, 187) umgesetzt habe. Zur Erfüllung der Vorgaben habe sich der Bundesgerichtshof eines restriktiven Verständnisses der Mordmerkmale bedient. Dabei seien jedoch nicht die vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen Auslegungskriterien des „verwerflichen Vertrauensbruchs“ und der „besonderen Verwerflichkeit der Tat“ zur Anwendung gekommen. Vielmehr hätten sich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs an hiervon grundverschiedenen Eingrenzungsmerkmalen orientiert. Der Rechtsfolgenlösung käme dabei keine eigenständige Bedeutung zu, weil sie sich in der Praxis nicht habe durchsetzen können. Bedeutender seien die „Zeitregel“ sowie das Erfordernis des „Ausnutzungsbewusstseins“.

Für die „Zeitregel“, also das Koinzidenzprinzip, sei zunächst die Arglosigkeit des Opfers bis zum Beginn der ersten Tathandlung und damit quasi bis zum Versuchsbeginn erforderlich gewesen, um eine Handlung als heimtückisch zu qualifizieren. Diese Voraussetzung sei später aufgeweicht worden, um auch solche Fälle unter den Begriff der Heimtücke subsumieren zu können, bei denen bis zum Verlust der Arglosigkeit des Opfers nur Körperverletzungsvorsatz vorlag und der Tötungsvorsatz erst anschließend gefasst worden ist. Mit diesem Schritt sei die angestrebte Eingrenzungsfunktion des Kriteriums zumindest partiell wieder aufgehoben worden. Hieraus ergäben sich für die Praxis weitreichende Folgen bei der Strafverteidigung gegen eine Mischlage aus Verdeckungsabsicht und Heimtücke. Während bei der Verdeckungsabsicht zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden müsse, dass von Anfang an Tötungsvorsatz bestanden habe, um keinen Raum für eine zu verdeckende Tat (hier: Körperverletzung) zu lassen, sei bei der Heimtücke pro reo von einer Zäsur auszugehen, damit zum Zeitpunkt des Verlustes der Arglosigkeit gerade noch kein Tötungsvorsatz vorgeworfen werden kann. Dieses für den Beschuldigten scheinbar positive Ergebnis einer im Zweifel doppelten Besserstellung erweise sich für die Verteidigung in praxi als schwerwiegendes Problem, einen Weg zwischen Skylla und Charybdis zu finden. Hier könne allein eine klare Abgrenzung des Tatbestandsmerkmals Abhilfe schaffen.

Dieselben Unschärfen seien auch im Hinblick auf das vom Bundesgerichtshof entwickelte Abgrenzungskriterium des „Ausnutzungsbewusstseins“ gegeben. Die Anwendung durch die verschiedenen Senate und auch innerhalb dieser ließe eine einheitliche Linie vermissen und

erweise sich für eine effektive Verteidigung als nicht handhabbar. Vielmehr dränge sich der Verdacht auf, die Gerichte nähmen eine Gesamtwürdigung des Falles vor, beurteilten danach die Frage der Höchststrafwürdigkeit des konkreten Lebenssachverhaltes und entschieden entsprechend dieses Ergebnisses, ob ein Ausnutzungsbewusstsein vorgelegen habe oder nicht. Eine der Rechtssicherheit dienende Vorhersehbarkeit der richterlichen Rechtsfindung sei damit nicht verbunden.

Referat von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor:

Zum Merkmal der Heimtücke in § 211 Absatz 2 StGB

Ignor betonte die Bedeutung der Trennschärfe als ein zentrales Element der Reformüberlegungen. Tatbestandsmerkmale, insbesondere die Mordmerkmale, seien als klare Vorgabe an den Tatrichter auszugestalten und dürften diesen nicht dazu auffordern, gegen sie anzukämpfen. „Ein Mordmerkmal darf nicht in sich schon den Keim zur Irritation des Richters tragen.“ Wenn also das Problem bereits im Kern des Mordmerkmals selbst liege, dürfe man sich nicht mit dem Ruf nach einer Korrektur der Rechtsprechung begnügen, sondern müsse es an der Wurzel bekämpfen.

Für die Fehlentwicklung habe der Große Senat mit der Etablierung des Begriffs der „Arglosigkeit“ den Grundstein gelegt. Mit dem gesetzlich nicht vorgesehen Merkmal der „Verhinderung der Verteidigung“ sei eine Opferorientierung erfolgt, die zu Problemen geführt habe, die hernach wiederum zu vom Gesetzgeber nicht normierten Einschränkungen geführt hätten, um zu gerechten Lösungen zu kommen. Dies sei auch der Grund, warum die „Arglosigkeit“ in der Praxis nicht akzeptiert werde und daran gearbeitet werden müsse. Selbst wenn dies einen „geringeren Opferschutz“ zur Folge hätte, der aus seiner Sicht jedoch rein deklaratorisch wäre, sei dies hinzunehmen, da der Tatbestand des Mordes keinen speziellen Opferschutzgedanken aufweise. Der Schutz des Lebens erfolge bereits durch die Strafdrohung des Totschlages und nicht erst durch die des Mordes. Damit erscheine es unpassend, in der Differenzierung zwischen beiden Delikten eine spezielle Ausprägung des Opferschutzgedankens erkennen zu wollen. Leben sei Leben und damit gleich schutzwürdig.

Wenn somit nicht das Erfolgsunrecht der Tötung zur Differenzierung gemahne, käme der Frage nach einem zusätzlichen Erfolgs- oder Handlungsunrecht und damit einem täterorientierten Verständnis des Merkmals besondere Bedeutung zu. Damit rückten „Hinterlist/Tücke“ wieder in den Mittelpunkt der Betrachtung. Es gelte, das Rad der Zeit auf die Situation vor der Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof zurückzudrehen und an die vom Bun-

desverfassungsgericht formulierten Empfehlungen anzuknüpfen. Das Merkmal des „besonderen Vertrauensbruchs“ sei in hervorragender Weise geeignet, ein zusätzliches Unrecht in Worte zu kleiden und damit als Abgrenzungskriterium zu dienen.

Diskussion

Die anschließende Diskussion fokussierte sich zum einem auf das Mordmerkmal der Heimtücke selbst sowie dessen Schwächen, griff zum anderen aber auch allgemeine Gesichtspunkte der Ausgestaltung der Mordmerkmale (etwa als Qualifikation, als besonders schwerer Fall, etc.) auf. Uneinheitlich wurden die Frage der Nachweisbarkeit subjektiver Merkmale und die daraus abzuleitenden Konsequenzen für die Formulierung materieller Straftatbestände diskutiert.

- Gegen eine Streichung der Heimtücke – teilweise mit Tendenz zur Modifizierung – sprachen sich aus:

Rieker-Müller, die hervorhob dass – obwohl es sich um ein in der Praxis schwer handhabbares Merkmal handle – die Heimtücke das am häufigsten angewandte Mordmerkmal sei. Würde es ersatzlos gestrichen, seien entsprechende Fälle nicht mehr von der Höchststrafe bedroht, da in Grenzfällen aktuell von § 212 Absatz 2 StGB kein Gebrauch gemacht werde. Dies führe sie auf die Unwägbarkeit der Revisionsentscheidungen und die damit verbundene pragmatische Rechtsanwendung durch die Tatgerichte zurück.

Reinhard, der dieser Auffassung beipflichtete und betonte, dass die aktuell unter das Mordmerkmal der Heimtücke subsumierten Fälle im Kern, auch aus Sicht der Bevölkerung, höchststrafwürdiges Unrecht darstellten. Damit scheidet eine ersatzlose Streichung aus. Zu überlegen wäre immerhin eine Modifizierung, zum Beispiel in Richtung eines Kriteriums „hinterhältiger Angriff“. Der weitgehende Ausschluss der subjektiven Motivlage des Täters könne jedoch auch hier in besonders gelagerten Ausnahmefällen problematisch bleiben.

Die angesprochene, nur sporadische Anwendung des § 212 Absatz 2 StGB könne auch als ein Indiz dafür gedeutet werden, dass durch die vom Gesetzgeber vorgenommene Ausgestaltung der Mordmerkmale aktuell gar kein Bedarf dafür bestehe, zu einem besonders schweren Fall des Totschlags zu greifen, das heißt, dass die geltenden Mordmerkmale den Bereich der Fälle höchster Schuld im Wesentlichen abdecken.

- Explizit für eine Modifizierung der Heimtücke sprachen sich aus:

Kröber, der darauf hinwies, dass zwischen den Begriffen „schutzwürdig“ und „schutzbedürftig“ zu trennen sei. Zwar seien alle Menschen schutzwürdig, nicht aber auch in gleicher Weise schutzbedürftig. Daher dürfe das Gesetz auch an eine besondere Vulnerabilität anknüpfen, was bei anderen Normen bereits der Fall sei und damit der aktuellen Rechtslage entspreche. Insoweit widersprach er dem von *Ignor* formulierten Schluss, man müsse sich zwingend einer Täterorientierung zuwenden. Die Lösung liege darin, die Definition der Arglosigkeit enger zu fassen. Diese solle schon dann nicht mehr vorliegen, wenn es am Ende einer Beziehung immer wieder zur Eskalation der Konflikte komme.

Safferling, der die Rechtsanwendungspraxis im Bereich der Heimtücke nicht prognostizierbar nannte. Schon die durch die Rechtsprechung kreierte Kasuistik sei nicht mehr nachvollziehbar, geschweige denn handhabbar. Nur mit einer Reform sei eine Steigerung der Rechtssicherheit möglich. Zwar habe der Gesetzgeber durch die Normierung des § 212 Absatz 2 StGB im Zusammenspiel mit § 211 StGB zu verstehen gegeben, dass es sich bei letzterem um eine Ausprägung der Abwägung im Rahmen des ersteren, nämlich ob ein besonders schwerer Fall der Tötung vorliege, handle. Dies erspare es dem Richter, diese Abwägung selbst vorzunehmen, Sorge jedoch dafür, dass sich letztlich bei der Frage, ob ein bestimmtes Mordmerkmal anwendbar sei, dieselben Probleme stellten.

- Für eine Streichung der Heimtücke sprachen sich aus:

Deckers, der eine Gesamtwürdigung des konkreten Einzelfalls als das einzig probate Mittel bezeichnete, die Höchststrafwürdigkeit zu begründen. Allein mittels dieser und nicht der Kasuistik zur Heimtücke sei eine adäquate Lösung zu finden. Wenn ein „Korsett“ nicht passe, müsse man auf dieses verzichten, ohne hierdurch zugleich das Ziel aufzugeben, das man ursprünglich verfolgt habe. Dies gelte insbesondere dann, wenn sich Tatbestandsmerkmale subjektiver Art ohne geständige Einlassung nicht nachweisen ließen.

König, der dahingehend ergänzte, dass schon der Umstand, dass von § 212 Absatz 2 StGB kein Gebrauch gemacht werde, die Schwächen des gesamten Systems aufzeige. Hierdurch wären Fälle, die nicht unter den Begriff der Heimtücke subsumierbar und dennoch höchststrafwürdig seien, mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden, wofür die Praxis aufgrund der Formbarkeit des Heimtückebegriffs jedoch keine Notwendigkeit sehe.

Referat von Herrn Prof. Dr. Safferling, LL.M (LSE):

Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

Safferling stellte ein Konzept zur Unterscheidung von Mord und Totschlag vor, das in der Wissenschaft zwar aktuell nicht diskutiert werde, jedoch rechtsgeschichtlichen Reiz besitze. Den Mittelpunkt bilde das bis 1941 im Reichsstrafgesetzbuch vorgesehene Merkmal der „Überlegung“. Der Begriff entstamme dem Code pénal und sei bereits in den deutschen Partikulargesetzen stark rezipiert worden. Eingang ins Reichsstrafgesetzbuch habe dieser Ansatz in Form des „mit Überlegung ausführt“ gefunden. Vorsatz hinsichtlich der Tötung und die Vorgänge im Rahmen der Überlegung seien voneinander unabhängig gewesen. Während *dolus eventualis* hinsichtlich des Ablebens des Opfers genügt habe, sei für die Überlegung ein anderer Maßstab anzulegen gewesen. Die strafehöhend wirkenden Mängel in der Persönlichkeit des Täters kämen dadurch zum Ausdruck, dass dieser eine bewusste Abwägung der für und gegen die Tat sprechenden Umstände vorgenommen und sich gleichwohl zur Begehung dieser entschieden habe. Daher sei ein solcher Täter härter zu bestrafen gewesen als einer, der diese Überlegung nicht angestellt und damit keinen vergleichbaren Persönlichkeitsmangel gezeigt habe. Dabei sei die Formulierung so verstanden worden, dass die erforderliche Überlegung erst bei Beginn der Tatbegehung vorgelegen haben musste. Damit sei es möglich gewesen, den mit der Überlegung verbundenen Verwerflichkeitsaspekt, der als Grundlage für die Schulderhöhung und damit die Höchststrafwürdigkeit angesehen worden sei, in einem weiten Feld anzuwenden. Tatsächlich sei die praktische Handhabbarkeit jedoch keineswegs so einfach gewesen, wie es den Eindruck mache.

Diskussion

Die anschließende Diskussion beschäftigte sich mit dem Für und Wider einer Wiedereinführung des Merkmals der Überlegung. Des Weiteren wurde diskutiert, inwieweit Gerichtsentscheidungen durch Änderungen des materiellen Rechts beeinflusst werden.

- Für die Einführung eines Überlegungsmerkmals sprachen sich aus:

Safferling, der die Auffassung vertrat, dass ein Mordmerkmal der Überlegung zumindest nicht schlechter handhabbar sei, als die jetzige Formulierung des Mordes mit seiner Kasuistik („Die Überlegung ist vielleicht besser als ihr Ruf“).

Deckers, der angab, der Begriff der Überlegung stelle für ihn zwar – ebenso wie das Ausnutzungsbewusstsein – ein *factum internum* dar, so dass hierdurch nicht das Problem der Nachweisbarkeit gelöst werde, der jedoch zivilisatorisch moderner und somit gegenüber der Heimtücke in ihrer jetzigen Form vorzugswürdiger sei. In Israel werde derzeit erwogen, das Kriterium der Überlegung mit dem Verwerflichkeitskriterium zu kombinieren.

- Gegen die Einführung eines Überlegungsmerkmals sprachen sich aus:

Merkel, demzufolge klare Konturen des Merkmals vermisst würden und ein Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot bestehe. Es sei unklar, ab wann im jeweiligen Einzelfall von einer Überlegung auszugehen sei. Die Abwägung, ob eine Tat begangen werden solle, wäre bereits eine Überlegung, auch wenn sie außerhalb der zeitlichen Tatbestandsgrenzen läge. Daraus ergebe sich ein Legitimitätsproblem im Hinblick auf die daran anknüpfende Aufstufung zum Mord. Auch unabhängig davon stelle sich die Frage der Höchststrafwürdigkeit des Merkmals. Es seien zahlreiche Konstellationen denkbar, in denen der Täter überlegt vorgehe, die Tat als solche jedoch nicht höchststrafwürdig erscheine. Insoweit fehle eine normative Deckung für die Höchststrafwürdigkeit der mit Überlegung ausgeführten Tötung. Andererseits bestehe die Gefahr, gewissenlose Täter, die vor der Tatbegehung gerade keine Überlegungen zum „ob“ und „wie“ der Tat anstellten, sondern bedingungs- und überlegungslos zum Tötungshandeln übergingen, unangemessen zu privilegieren.

Ignor, der vertrat, dass sich für ihn der Begriff der Überlegung als solcher kaum vom Tatvorsatz unterschiede. Der Tatvorsatz an sich könne jedoch nicht automatisch höchststrafwürdig sein, sondern allenfalls dabei helfen, Tathandlungen klarer voneinander abzugrenzen. Der historische Kern des Kriteriums liege wohl darin, Rausch- und Affekttaten nicht als Mord bestrafen zu müssen.

Reinhard, wonach das Überlegungsmerkmal ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium sei. Zwar enthalte es bei seiner Wertneutralität einen berücksichtigungsfähigen Kern, nämlich die bewusste Entscheidung für das Unrecht. Diese sei jedoch für sich alleine gesehen, das heißt ohne die handlungsleitenden Motive und Tatumstände, nicht ausreichend, um die Höchststrafwürdigkeit zu bejahen.

Grünwald, wonach der Begriff der Überlegung zwar nicht unbestimmter als andere Merkmale sei, aufgrund der daran etwaig geknüpften Punktstrafe befürchte sie aber dieselben Problem- und Fragestellungen wie in der aktuellen Debatte um das Kriterium der Heimtücke.

Kröber, der es als schwer vorstellbar bezeichnete, wie man den Inhalt des Begriffs Überlegung über den des Vorsatzes hinaus nachweisen solle. Angesichts eines häufigen Prozesses der „Selbstkorrumpierung“, bei dem der Täter sich nach und nach selbst von der Rechtmäßigkeit der Tötung überzeuge, sei die Tauglichkeit als Abgrenzungsmerkmal auch im Übrigen zweifelhaft.

Jaß, der ausführte, ihm seien langfristige Überlegungen in den alltäglichen Fällen selten begegnet. Die Handhabbarkeit eines solchen Kriteriums sei nicht unproblematisch und ein Mehrwert nicht zu erkennen.

Referat von Herrn Reinhard:

Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)

Reinhard bezeichnete die aktuelle Abgrenzung von Mord und Totschlag als sachgerecht und plädierte – eingedenk der möglichen Mängel eines wie auch immer formulierten Reformgesetzes – für deren Beibehaltung. Der Darstellung verschiedener Überlegungen und Lösungsansätze in Bezug auf die Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe, die in Wissenschaft und Praxis diskutierte beziehungsweise angewandt würden, folge die Nachzeichnung der vom Bundesgerichtshof entwickelten Rechtsfolgenlösung und die Präsentation genereller Lösungsansätze für eine gesetzliche Rechtsfolgenlösung. Hier sei ebenso an die Einführung einer zeitigen neben der lebenslangen Freiheitsstrafe und der damit verbundenen Abschaffung des Exklusivitätsverhältnisses zu denken, wie an unterschiedliche Strafmilderungslösungen, die ausführlich dargestellt werden. Das Fazit der Betrachtung decke sich mit der von Jescheck im Rahmen der Großen Strafrechtskommission mit Blick auf die Reform der Tötungsdelikte geäußerte Einschätzung aus dem Jahr 1958:

„Ich glaube, dass alle Lösungen, die ins Auge gefasst wurden, ihre Mängel haben und dass es darum geht, jene zu finden, deren Mängel noch am geringsten erscheinen. Wenn man dies bedenkt, erscheint die Lösung des geltenden Rechts eigentlich ganz brauchbar.“

Diskussion

Die anschließende Diskussion beschäftigte sich mit der Frage der Höchststrafwürdigkeit des Mordes, insbesondere unter Auseinandersetzung mit den dargestellten Lösungsansätzen und der Frage nach der Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses.

- Für eine exklusive Höchststrafe sprachen sich aus:

Rieker-Müller, die ausführte, sie sehe die Gefahr einer Öffnung der Skala der Strafhöhe nach unten im Falle der Einführung eines minder schweren Falles des Mordes. Auf der anderen Seite berge die Schaffung eines unbenannten schweren Falles das Risiko, dass sich der Mordtatbestand zum Richterrecht entwickle. Danach fiele es alleine der Rechtsprechung zu, festzulegen, welche konkreten Umstände einen Einzelfall zum Mord machten. Dies sei jedoch ureigene Aufgabe des Gesetzgebers.

Zusammen mit *Jaß* äußerte sie der Auffassung, eine Verurteilung wegen eines ‚minder schweren Falles‘ des Mordes sei gegenüber dem Opfer eines Versuchs beziehungsweise dessen Angehörigen im Falle der Vollendung schwer vermittelbar. Hier bestehe eine erhebliche Gefahr, dass das Unrecht irreführend als abgewertet verstanden werde.

Reinhard, demzufolge die Kritik an der Höchststrafe im Grundsatz als Kritik an der geltenden Rechtslage zu verstehen sei. Eine Tat sei höchststrafwürdig, wenn bei einer vorsätzlichen Tötung eine erhöhte Schuld vorläge, die wiederum ihren Grund letztlich in einem gesteigerten (objektiven oder subjektiven) Handlungsunrecht finde. Hierfür existiere ein gewisses Maß an Tötungsdelikten, die rechtlich als einheitlich zu betrachten seien und für die das Bundesverfassungsgericht eine Gleichförmigkeit der Bestrafung hervorgehoben habe. Dabei habe es alle bisher untersuchten Mordmerkmale in ihrer heutigen Verwendung gebilligt, so dass die jetzige Rechtslage in ihrer Ausformung durch den Bundesgerichtshof mit der Werteordnung des Grundgesetzes als übereinstimmend anzusehen sei. Die lebenslange Freiheitsstrafe sei eine klare symbolische Aussage des Gesetzgebers zum Schutz des Lebens, die eine wichtige Funktion habe und behalten solle.

- Gegen eine (exklusive) Höchststrafe sprachen sich aus:

Merkel, der erklärte, der Begriff der „Höchststrafwürdigkeit“ sei nicht einfach mit dem Begriff der „innerhalb des geltenden Rechts höchsten verfügbaren Strafe“ und ebenso wenig mit „schuldangemessener Strafe“ gleichbedeutend. Die lebenslange Freiheitsstrafe sei unbeschadet des § 57a StGB eine mit Blick auf die Lebenszeit des Verurteilten im Wortsinne grenzenlose Strafe. Ihr müsste dann aber eine grenzenlose Schuld korrespondieren, um sie zu rechtfertigen. Eine solche grenzenlose Schuld sei jedoch nicht nur praktisch nicht feststellbar, sondern auch straftheoretisch nicht begründbar. Das habe seinen Grund schon (und nicht nur) in der Unmöglichkeit, eine für eine solche „ultimative Verantwortung“ hinreichende Willensfreiheit vorauszusetzen. Insbesondere bei grausam oder sonst vollkommen ohne

Empathie mordenden Tätern, die sich ihrer Tat vollständig bewusst, aber in vielen Fällen im klinischen Sinne hochgradige Psychopathen seien und daher nach wissenschaftlichen Kriterien den Grad des § 21 StGB erreichten, wäre die Feststellung einer grenzenlosen Schuld eine für die Gerichte nicht zu bewältigende Herausforderung. In solchen Fällen müsse sich ein und dasselbe Merkmal („Grausamkeit“) gegebenenfalls sowohl strafscharfend (§ 211 StGB) als auch qua Psychopathie strafmildernd (§ 21 StGB) auswirken. Der Rechtsstaat könne nur in den Grenzen seiner rational begründbaren Möglichkeit Schuld zuschreiben. Es sei weder Aufgabe des Strafrechtes noch in dessen Macht, absoluten Lebensschutz zu gewährleisten. Aspekte der Gerechtigkeit dürften nicht aus rechtspolitischen Erwägungen (Vermittelbarkeit der Lösung in der Bevölkerung) außer Acht gelassen werden. Eine unbedingte Gleichförmigkeit der Sanktionspraxis über die Gleichheit der anzuwendenden Regeln und Kriterien hinaus sei im Hinblick auf eine im Einzelfall gerechte Entscheidung gerade nicht geboten.

Ignor, da nicht das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung, sondern die Verfassung die Wertordnung sei, nach der man sich zu richten habe. Das Grundgesetz trete wertefordernd an die Bevölkerung heran und formuliere, dass die Schuld des Täters stets zu berücksichtigen sei. Der Gesetzgeber müsse deshalb den Stellenwert der Schuld bei der Ausgestaltung des Straftatbestandes berücksichtigen. Problematisch bei einer absoluten Strafe für höchste Schuld sei, dass man kaum ein Individuum finden werde, bei dem dieses Kriterium absolut klar erfüllt sein dürfte. Insgesamt müsse man sich von den der Reform der Tötungsdelikte in den 20/30-er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zugrundeliegenden Bestrebungen lösen, die aus dem Impetus heraus entstanden seien, das akademische Recht und das Rechtsempfinden des Volkes in Einklang zu bringen.

König, da eine Argumentation dann falsch sei, wenn für diese *allein* die Rechtsansicht der Bevölkerung als Legitimationsgrundlage dient. Belastbare Erkenntnisse darüber, was die Bevölkerung denke, wenn sie das Strafgesetzbuch aufschlage, gebe es nicht. Vielmehr richte sich der Fokus der Bevölkerung auf den Einzelfall, der gerade gerichtlich verhandelt wird.

Grünwald, da es primär darauf ankomme, innerhalb einer Reform eine Abwertung des Lebensschutzes zu verhindern. Dies stehe jedoch nicht zu befürchten, wenn eine zeitige neben die lebenslange Freiheitsstrafe trete. Denn schon derzeit werde die lebenslange Freiheitsstrafe keinesfalls in allen Mordfällen verhängt. Die Befürchtung, bei Einführung einer zeitigen Freiheitsstrafe werde es zu einer Abwertung des Lebensschutzes kommen, sei womöglich rechtspolitisch nachvollziehbar, in der Sache aber nicht begründet.

Safferling, der äußerte, durch die Aufhebung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses mittels Öffnung für zeitige Freiheitsstrafen werde letztere durchaus häufiger zur Anwendung kommen. Er verwies aber zugleich darauf, dass auch nach aktueller Rechtslage nicht sicher sei, dass jeder, der einen Menschen töte und ein Mordmerkmal verwirkliche, auch zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt werde. Zu denken sei hier an die Anwendung des § 21 StGB, die Auslegung der Mordmerkmale, die „Korrektur“ vor allem über den subjektiven Tatbestand, die Rechtsfolgenlösung des BGH und die Möglichkeit der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung nach der Verbüßung von 15 Jahren nach § 57a StGB. Die Akzeptanz der Bevölkerung hänge stark vom Tenor eines Urteils ab. Der Wortwahl komme entscheidendes Gewicht zu. Am Begründungsaufwand für das Gericht würde sich im Falle einer Abkehr vom Exklusivitätsverhältnis kaum etwas ändern, da bei einer zeitigen Freiheitsstrafe für einen Mord nur eine Umkehr der Begründung stattfände.

Fünfte Sitzung am 26. November 2014

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 16:00 Uhr
Sitzungsleitung:	Frau Ministerialrätin Kröger, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Regierungsdirektor Reinhard Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Prof. Dr. Saliger Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski Frau Metz	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Prof. Dr. Dölling:

Zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis

Dölling stellte die Entwicklung der registrierten Tötungsdelikte und die Bedeutung der einzelnen Mordmerkmale in der Praxis vor. In Deutschland sei die Zahl der Tötungsdelikte im Vergleich zu anderen Ländern sehr gering. Zudem weise die Polizeiliche Kriminalstatistik für vorsätzliche Tötungsdelikte innerhalb der letzten 20 Jahre einen kontinuierlichen Rückgang auf. Die Zahl der Verurteilungen falle nochmals deutlich niedriger aus. Grund hierfür sei die Entwicklung des Einzelfalles von der Polizei über die Staatsanwaltschaft hin zum Gericht – hierbei zeige sich ein Trend zur Abstufung des Tatvorwurfes (zum Beispiel von den Ermittlungen eines versuchten Totschlags hin zu einer Verurteilung wegen Körperverletzung).

Die ausgewerteten wissenschaftlichen Untersuchungen stellten allenfalls ein Schlaglicht auf die Realität dar. Eine adäquate Abbildung der Rechtswirklichkeit sei nach dem gegenwärtigen Forschungsstand nicht möglich, eine Abstrahierung folglich schwierig. Die wenigen Studien seien vorwiegend älteren Datums und umfassten zumeist nur eine geringe Fallzahl; ihre Aussagekraft sei damit begrenzt. Um den Aussagewert der dargestellten Untersuchungen zu überprüfen, sei eine aktuelle bundesweite Untersuchung erforderlich.

Anhand diverser Erscheinungsformen des Mordes stellte er besonders praxisrelevante Phänomene (Gewinn-, Konflikt- und Deckungsmord) vor. Die Mordmerkmale mit der größten Praxisrelevanz seien Heimtücke, Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, Habgier und die sonstigen niedrigen Beweggründe. Insgesamt hätte die Änderung beziehungsweise Streichung der vorgenannten Mordmerkmale erhebliche Konsequenzen für die Praxis. So würde bei einem Wegfall der Motivgeneralklausel in einigen Fällen der Kindestötung der einzige Anknüpfungspunkt für eine Verurteilung wegen Mordes entfallen. Jedoch blieben zum Beispiel gut dreiviertel aller Fälle erhalten, ersetze man die Heimtücke durch den engeren Begriff der Hinterlist.

Bemerkenswert sei der Befund, dass die revisionsrechtliche Aufhebungsquote beim Merkmal des sonst niedrigen Beweggrundes wesentlich höher als bei der Heimtücke sei. Das lasse vermuten, dass Rechtsanwendungsfehler in dem Maße zunehmen, in dem die klare Abgrenzung des Merkmals abnimmt.

Im Rahmen einer Replik wies *Reinhard* auf eine aktuelle Auswertung bei *Votteler* (Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gemäß § 211 Absatz 2 1. Gruppe 4. Vari-

ante StGB - im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, Seite 28 ff.) hin. In dieser seien 134 erstinstanzliche rechtskräftige Urteile baden-württembergischer Landgerichte aus den Jahren 1973 bis 2010 – mit Schwerpunkt 2005 – 2010 – ausgewertet worden, denen 226 „Verurteilungen“ wegen vollendeten oder versuchten Mordes allein oder in Tateinheit/Tatmehrheit mit anderen Straftaten zu Grunde lagen. Unter „Verurteilungen“ seien nach Votteler sowohl die Verurteilungen mehrerer Angeklagter in einem Urteil zu verstehen als auch die Verurteilungen eines Angeklagten wegen Mordes in mehreren Fällen. Bei Betrachtung der Mordmerkmale, die allein zur Verurteilung wegen Mordes geführt hätten, sei interessant, dass die Mordmerkmale der Tötung „mit gemeingefährlichen Mitteln“ und aus „sonst niedrigen Beweggründen“ in den ausgewerteten Urteilen abweichend zu den von *Dölling* referierten Untersuchungen eine weitaus größere beziehungsweise geringere Bedeutung hätten (Tabelle 3 bei Votteler; a.a.O. Seite 30: „Mordmerkmale, die allein zur Verurteilung wegen Mordes geführt haben (N = 119)“):

Mordlust	-	-
zur Befriedigung des Geschlechtstriebes	2	1,68 %
Habgier	5	4,20 %
heimtückisch	67	56,30 %
grausam	3	2,52 %
mit gemeingefährlichen Mitteln	13	10,92 %
Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht	23	19,33 %
aus sonst niedrigen Beweggründen	6	5,04 %

**Referat von Frau Vorsitzender Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan:
Darstellung der Grundkonzeption:**

Rissing-van Saan stellte eine dreistufige Konzeption als Grundlage für die Reform der Tötungsdelikte vor. Der Grundtatbestand für die Tötung eines Menschen erhalte die Bezeichnung „Mord“ und wäre mit einer Mindestfreiheitsstrafe von zehn Jahren zu ahnden. Besonders schwere Fälle seien im Wege von Regelbeispielen einzuführen und mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu sanktionieren. Der Begriff des Totschlags bliebe Fällen der Privilegierungen vorbehalten und sähe einen Strafraum von zwei bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor. Dabei sei die Mindestfreiheitsstrafe bewusst mit zwei Jahren gewählt, um in Ausnahmefällen auch eine Strafaussetzung zur Bewährung zu ermöglichen.

§ 211 - Mord

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren, in einem besonders schweren Fall mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. das Opfer

a. zur seiner sexuellen Erregung oder Befriedigung, aus Freude am Töten, aus Habgier, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat oder aus einem anderen besonders niedrigen Beweggrund,

b. in qualvoller Weise,

c. unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit

tötet, oder

2. mehrere Menschen tötet, zu töten versucht oder durch die Tat in eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben bringt, oder

3. als Mitglied einer Bande oder Organisation tötet, die auch die Begehung von Gewalttaten zum Gegenstand hat.

§ 212 - Totschlag

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren bestraft, wenn er

1. ohne eigene Schuld durch eine ihm, einem Angehörigen oder einer andere ihm nahestehende Person zugefügten Misshandlung oder schweren Beleidigung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbare heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wird,

2. aus Verzweiflung handelt, um sich, einen Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person aus einer unverschuldeten und ihm ausweglos erscheinenden Zwangslage zu befreien, oder

3. durch eine vergleichbare schwere Konfliktlage zur Tötung bestimmt wird.

§ 213 wird gestrichen.

Zur Begründung des Vorschlages ging sie kurz auf die Diskussion um die Reform der Tötungsdelikte in der Rechtsprechung und Wissenschaft ein. Neben den Mordmerkmalen sei

dabei der strukturelle Aufbau von zentraler Bedeutung. Als größtmögliche Vereinfachung des Tatbestandes könne der Vorschlag eines einstufigen Systems von *Deckers et. al.* betrachtet werden, der jedoch mangels entsprechender Bestimmtheit verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfe. Der Reformvorschlag von *Kubik/Zimmermann* beinhalte einen dreistufigen Aufbau mit lediglich drei Regelbeispielen, sodass den sonst niedrigen Beweggründen nicht mehr bloße Auffangfunktion zukäme, sondern in der Praxis mit einem vermehrten Rückgriff auf diese zu rechnen sei. Auch der *Alternativ Entwurf-Leben* arbeite mit der Regelbeispieltechnik und verwende das Etikett „Mord“ für vorsätzliche Tötungen; abzulehnen sei dieser Entwurf jedoch, weil er sich ausschließlich an Gefährlichkeitskriterien orientiere und für die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe zusätzlich voraussetze, dass die Tat besonders erhöhtes Unrecht verwirkliche, weil sie geeignet sei, „die Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ zu bedrohen. Ein solches Leitprinzip sei abzulehnen, weil es dazu prädestiniert sei, in Fällen spektakulärer Tötungsdelikte populistische Stimmungen zu bedienen und außerdem stark an die Tätertypenlehre erinnere.

Die Regelbeispieltechnik sei eine Möglichkeit, dem Einzelfall gerecht zu werden. Sie erlaube eine gewisse Flexibilität, ohne sich dem Verdikt der Unbestimmtheit ausgesetzt zu sehen. Die vorgeschlagenen Kriterien könnten als Richtschnur richterlicher Rechtsfindung dienen. Dabei sei der Begründungsaufwand für den Richter höher als im Falle von qualifizierenden Tatbestandsmerkmalen; dies stelle zugleich eine effektivere Verteidigung sicher. Derzeit existiere eine Gemengelage von Leitprinzipien, die unmöglich auf einen gemeinsamen Ursprung zurückführbar seien. Da auch künftig eine Vielzahl menschlicher Verhaltensweisen erfasst werden sollen, sei eine Rückführung der Regelbeispiele auf ein einziges Leitprinzip gerade nicht erforderlich; hierauf sei bewusst verzichtet worden.

Aus der Ausgestaltung der §§ 80, 81, 94 Absatz 2 StGB sei ersichtlich, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nicht zwingend für das Rechtsgut Leben Exklusivität beanspruche, sondern auch dem Schutz des Staates, der Völkergemeinschaft und der friedlichen Koexistenz der Staaten einen gleich hohen Rang einräume. Das Alleinstellungsmerkmal des § 211 StGB resultiere nur aus dem Absolutheitsmechanismus, der bei Erfüllung eines Mordmerkmals zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge vorsehe.

Diskussion

Innerhalb der Diskussion wurden die aufgeworfenen Fragen zum Aufbau der Tötungsdelikte und die hierzu zu verwendende Rechtssetzungstechnik erörtert.

- Für die Einführung von Regelbeispielen sprachen sich aus:

Rissing-van Saan, da die die den Regelbeispielen inhärente Unbestimmtheit nicht problematischer zu handhaben sei als die aktuellen Versuche der Gerichte, den Mordmerkmalen Konturen zu verleihen. Die Formulierung von Regelbeispielen sei ehrlicher als eine Interpretation von Tatbestandsmerkmalen an den Grenzbereichen der Auslegung. Zudem habe das Bundesverfassungsgericht die Regelbeispielstechnik für verfassungsgemäß erklärt.

Deckers, der darauf hinwies, dass aufgrund der Motivgeneralklausel bereits in den aktuellen Mordmerkmalen de facto Regelbeispiele enthalten seien. Dadurch, dass tatsächlich Regelbeispiele normiert würden, böte sich den Gerichten wieder die Möglichkeit, (sach-)gerechte Lösungen durch die Auslegung des Gesetzes zu erzielen, anstatt an diesem vorbei interpretieren zu müssen.

- Gegen die Einführung von Regelbeispielen sprachen sich aus:

Grünwald, derzufolge die Praxis die Mordmerkmale bereits jetzt als ‚faktische Regelbeispiele‘ behandle.

Schneider, der die Regelbeispielstechnik kritisierte. Diese stelle einen Mittelweg zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit dar und werde damit keinem der beiden Ziele gerecht. Sofern die Mordmerkmale anhand trennscharfer Kriterien feststellbar seien, wäre eine Regelbeispielstechnik nicht notwendig. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Sachverhaltsgesichtspunkte gegeben sein müssten, um die Ablehnung eines solchen besonders schweren Falles zu rechtfertigen – wodurch der Täter entlastet würde, müsse nämlich ebenfalls gesetzlich geregelt werden.

Auch befürchte er, dass die Rechtsprechung weiterhin an den entwickelten Milderungsmöglichkeiten festhielte („alte Milde“). Diese würden durch die der Regelbeispielstechnik inhärenten Milderungsmöglichkeiten („neue Milde“) erweitert. Durch die Kumulation von „alter“ und „neuer“ Milde stehe zu befürchten, dass die Zahl der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe deutlich abnehme. Die Einführung von Regelbeispielen bedeutete somit einen

kategorialen Systemwechsel. Wenn aber der Gesetzgeber an der absoluten Höchststrafe festhalten wolle, müsse er sich hierzu im Wege von Tatbestandsmerkmalen bekennen.

Saliger, da die Einführung vom Regelbeispielen allenfalls bei Beibehaltung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus' der lebenslangen Freiheitsstrafe erforderlich sei. Werde die Verbindung von Mord und absoluter Höchststrafe jedoch aufgebrochen, bestehe kein Grund, vom jetzigen System der Tatbestandsmerkmale abzurücken. Eingedenk der Tatsache, dass das Leben das wichtigste Rechtsgut darstelle, begegneten die mit der Regelbeispielstechnik einhergehenden unbenannten besonders schweren Fällen nicht zuletzt im Hinblick auf die Strafandrohung (lebenslange Freiheitsstrafe) erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, Artikel 103 Absatz 2 GG. Dies werde dadurch verstärkt, dass mangels Leitprinzips nicht bestimmbar sei, welche Tathandlungen unter einen solchen unbenannten Fall zu subsumieren seien.

Safferling, der die Regelbeispielstechnik als zu vage bezeichnete, um im Bereich der Tötungsdelikte Anwendung zu finden. Zudem ergäben sich hierdurch in Fällen des Versuchs dogmatische Schwierigkeiten.

Dölling, der die Befürchtung äußerte, im Falle der Verwendung von Regelbeispielen für die Tötungsdelikte werde eine ähnliche Debatte um deren Anwendungen geführt werden wie sie aktuell zu § 243 StGB geführt werde. Zudem seien mit einer solch einschneidenden Reform eine erhebliche Übergangszeit, bis sich eine neue gefestigte Rechtsprechung herausgebildet habe, und damit eine langanhaltende Rechtsunsicherheit verbunden.

Reinhard, der angab, er teile die Besorgnis hinsichtlich der Phase der Rechtsunsicherheit. Im Übrigen verwies er auf die in seinem Referat angeführten zahlreichen Bedenken. Bereits der Entwurf für ein 6. StrRG habe – namentlich von Seiten der Praxis – berechtigt Kritik für den angedachten Exzess an Regelbeispielen geerntet („die Technik sei nur etwas für die Spielernaturen unter den Richtern“). Danach habe man sich gegen diese Art der Normierung gewandt. Eine ähnliche Debatte sei auch für das aktuelle Vorhaben zu erwarten.

Schady, wonach in der Behauptung, die Praxis wende die Mordmerkmale faktisch als Regelbeispiele an, eine Kritik an der Rechtsanwendung liege, die keine Rechtfertigung für eine entsprechende Rechtssetzung bieten könne.

- Zum allgemeinen Aufbau der Tötungsdelikte:

Saliger und *Dölling* bezeichneten die Vielseitigkeit der Tötungsdelikte durch ein dreistufiges Modell am besten abgebildet. Zusammen mit *Schneider* und *Reinhard* sprachen sie sich gegen eine Bewertung der Tötung eines Menschen als Mord nach § 211 StGB aus. Durch die Verlagerung des Grundtatbestands vom Totschlag hin zum Mord würden grundsätzliche Fragen zur Verjährung aufgeworfen und die Unverjährbarkeit deutlich ausgeweitet.

Grünewald äußerte, kein Bedürfnis für eine dritte Stufe zu sehen. Die vorsätzliche Tötung als Mord zu qualifizieren stelle kein juristisches Problem dar. Das hiermit Folgeänderungen verbunden seien, liege in der Natur der Sache.

Sechste Sitzung am 7. Januar 2015

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 11:00 Uhr	Ende: 17:30 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV Frau Ministerialrätin Kröger, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Rechtsanwalt Dr. König Herr Prof. Dr. Kröber Herr Prof. Dr. Merkel Herr Regierungsdirektor Reinhard Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
Gast:	Herr Prof. Dr. Kinzig	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Herr Ministerialrat Dr. Bösert Frau Ministerialrätin Kröger Frau Richterin am Amtsgericht Berger Herr Staatsanwalt Meile Herr Staatsanwalt Meiners Herr Doroszewski	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Prof. Dr. Kinzig:

Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe

Kinzig analysierte nach einer einleitenden rechtsvergleichenden Betrachtung die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe; hier insbesondere der Leitentscheidung aus dem Jahr 1977 sowie der Entscheidungen zur besonderen Schwere der Schuld und zur Haftfortdauer (allein) aufgrund vermuteter Gefährlichkeit. Aus dieser Analyse und den empirischen Befunden ergebe sich ein Empfehlungskatalog, der als Richtschnur für eine Reform dienen könne.

Derzeit zwingen weder die Rechtsvergleichung noch internationale Vorgaben zu einer Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Schäden aufgrund langer Inhaftierung, die diesbezüglich eine Kontraindikation darstellen würden, seien bislang empirisch nicht erforscht. Unabhängig vom etwaigen Vorliegen solcher sei, wenn die Vollstreckung nur noch wegen vermuteter Gefährlichkeit erfolge, ein privilegierter Behandlungsvollzug wie in der Sicherungsverwahrung erforderlich, der der besonderen Situation Rechnung tragen müsse. Zudem sei der Höchststrafe eine zeitige Freiheitsstrafe an die Seite zu stellen und sowohl der Begriff der „Schuldschwere“ (zum Beispiel durch Unterscheidung von Ein- und Mehrfachtötungen sowie durch Berücksichtigung von im oder ohne Zusammenhang zum Mord begangenen weiteren schweren Straftaten) als auch die diesbezügliche Höchstverbüßungsdauer (maximal 25 Jahre) gesetzlich klar zu umreißen. Dabei habe die Festlegung der Höchstverbüßungsdauer bereits durch das Tatgericht zu erfolgen. Folgerichtig solle neben der lebenslangen Freiheitsstrafe eine Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht mehr möglich sein.

Ausführungen von Herrn Dr. Böhm:

Böhm regte an, dem „hybriden“ Charakter der lebenslangen Freiheitsstrafe statt mit der Forderung, den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Fortdauer (allein) wegen vermuteter Gefährlichkeit demjenigen der Sicherungsverwahrung gleichzustellen, mit der Ausdehnung (lediglich) des Regelungsgehalt des § 119a StVollzG auf lebenslang Inhaftierte Rechnung zu tragen. Das könne etwa durch einen entsprechenden § 119b StVollzG-neu geschehen, der zugleich Modifikationen gegenüber der geltenden strafvollzugsbegleitenden gerichtlichen Kontrolle bei Strafhaft vor Sicherungsverwahrung vorsehen könne, beispielsweise einen Beginn der vollzugsbegleitenden gerichtlichen Kontrolle bei lebenslanger Freiheitsstrafe erst fünf Jahre vor Ablauf der Mindestverbüßungszeit. So sei einerseits verdeutlicht, dass es sich beim Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zur Haftentlassung um Strafvollzug

handle, andererseits werde dieser Vollzug im Hinblick auf seine Fortdauer (allein) wegen vermuteter Gefährlichkeit durch eine gerichtliche Kontrolle ähnlich derjenigen bei der Sicherungsverwahrung flankiert.

Eine vollständige Gleichbehandlung mit den Sicherungsverwahrten sei hingegen nicht nur dogmatisch schwierig, da der „hybride Charakter“ der lebenslangen Freiheitsstrafe eben auch Schuldausgleich, also Strafe beinhalte, sondern auch im Hinblick auf die unterschiedliche Zusammensetzung beider Gruppen. Derzeit verbinde die Verbüßer einer lebenslangen Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrte zumindest der Umstand, in etwa derselben Altersgruppe anzugehören. Aufgrund der Reformen des Rechts der Sicherungsverwahrung seit 1998 sei jedoch absehbar, dass vermehrt jüngere und mit dem Sexualstrafrecht in Berührung gekommene Delinquenten die Gruppe der Sicherungsverwahrten stellten. Allein schon deshalb sei eine komplette Gleichstellung beider Gruppen, die konsequent auch zu einer Unterbringung in gemeinsamen Einrichtungen führen müsste, vermutlich wenig sinnvoll.

Diskussion

- Zum Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung äußerten sich:

Safferling, der die „Hybridstruktur“ zwischen Sicherungsverwahrung und lebenslanger Freiheitsstrafe durch die Abschaffung letzterer aufzulösen vorschlug. Hier könne auf die im Völkerstrafrecht anerkannte Höchstdauer der zeitigen Freiheitsstrafe von 30 Jahren zurückgegriffen werden. Andernfalls sei zwingend darauf zu achten, dass die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zum letzten Tag auch tatsächlich der Abgeltung von Schuld und nicht allein der Sicherheit vor dem Delinquenten diene.

Kröber, mit der Begründung, auch in einer längeren Haftdauer liege kein Sonderopfer wie bei der Sicherungsverwahrung, selbst wenn die besondere Schwere der Schuld nicht festgestellt und die anschließende Sicherungsverwahrung nicht angeordnet sei. Dies gelte allerdings nur, sofern die Vollstreckung tatsächlich noch den Schuldausgleich betreffe.

Dölling, der auf die grundsätzlich identischen dogmatischen Ausgangsüberlegungen zur Vollstreckung lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe hinwies. In beiden Fällen erfolge der letzte Teil des Vollzuges nach den insoweit gleichlaufenden gesetzlichen Vorgaben zwar

ausschließlich bei fortbestehender Gefährlichkeit des Verurteilten, in beiden Fälle werde damit aber immer auch noch die schuldangemessene Strafe vollstreckt.

Rissing-van Saan, für die sich auch die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe am Schuldgehalt der Tat orientieren müsse und niemals reine Sicherungsvollstreckung sein dürfe. Dies gelte auch und insbesondere, für die Zeit über die Mindestverbüßungsdauer bei besonderer Schuldschwere hinaus.

Bösert, der auf die Auffassung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hinwies, wonach die Sicherungsverwahrung gerade auch deshalb als Strafe angesehen werde, weil den Betroffenen keine besseren Behandlungsangebote gemacht würden als Langstraflern. Wenn man nun für letztere bei den Therapieangeboten ebenfalls das gewähre, was das Gesetz seit dem 1. Juni 2013 für die Sicherungsverwahrten vorsehe, könne der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte womöglich erneut von einer Gleichartigkeit von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung ausgehen, womit die Bemühungen des Gesetzgebers zur Sicherungsverwahrung konterkariert würden.

Reinhard, wonach nicht im weiteren Vollzug der Freiheitsstrafe, sondern in der Möglichkeit einer bedingten (vorzeitigen) Entlassung ein Widerspruch zur „Logik“ der Schuldstrafe zu sehen sei. Auch in Fällen fortdauernder Gefährlichkeit des Täters werde die lebenslange Freiheitsstrafe als Schuldstrafe vollstreckt, was zeige, dass das Maß der Schuld, auf dem die lebenslange Freiheitsstrafe beruhe, sehr verschieden sein könne. Zwischen Sicherungsverwahrung und Freiheitsstrafe bestünden im Übrigen grundlegende Unterschiede nach Legitimation und Zwecksetzung, die einer Übertragung von Regelungen zur Sicherungsverwahrung auf die Freiheitsstrafe prinzipiell entgegenstünden.

- Zur Höchstdauer der Vollstreckung aufgrund der Schwere der Schuld äußerten sich:

Rissing-van Saan sowie *König*, die die Auffassung vertraten, eine solche Festlegung im Rahmen der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch das Tatgericht sei politisch wie gesellschaftlich schwer vermittelbar. Das Urteil werde durch solche Nebenentscheidungen zur Vollstreckung auch unnötig verkompliziert und sein Wesensgehalt verwässert.

Kröber, der darauf hinwies, dass die Vollstreckungsdauer durch die jeweils zuständige Strafvollstreckungskammer ohne erkennbare und vorhersehbare Systematik festgesetzt werde. Mangels planbaren Entlassungstermins sei es nur schwer möglich, das erforderliche Be-

handlungsprogramm zu erstellen und den Betroffenen zur Mitarbeit zu motivieren. Eine frühe Entscheidung der Strafvollstreckungskammer – zum Beispiel nach einer Verbüßungsdauer von fünf Jahren – könnte hier eine Perspektive eröffnen.

Schneider, demzufolge eine Festlegung der *Mindestverbüßungsdauer* durch das Tatgericht bereits im erkennenden Urteil denkbar sei, da sich diese nach der Schuld richte. Die Entscheidung über die *Höchstdauer* sei jedoch Sache der Strafvollstreckungskammer, die auch den Vollzugsverlauf zu berücksichtigen habe.

Deckers, der eine frühzeitige Perspektive für einen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilten Täter begrüßte. Zwar könne eine Feststellung der Verbüßungshöchstdauer richtigerweise nicht durch das Tatgericht erfolgen, doch müsse die Strafvollstreckungskammer frühzeitiger als bisher mit dem jeweiligen Einzelfall befasst werden.

Referat von Frau Prof. Dr. Grünewald:

Grundkonzeption der Tötungsdelikte

Grünewald rekurrierte auf eine nicht im Erfolgs-, sondern allein im Handlungsunrecht zu suchende Differenzierung zwischen Mord und Totschlag. Unrechtssteigerungen und -minderungen seien dabei im subjektiven (zum Beispiel beim Vorsatz) und im objektiven Bereich (zum Beispiel in der Art und Weise der Tatbegehung) vorstellbar. Das von ihr vorgestellte Konzept, das lediglich spezielle Fälle der Unrechts*minderung* kenne, sei geeignet, zu einer Aufwertung des Rechtsgutes Leben beizutragen und zugleich die Debatte um die schwierige Auslegung der Mordmerkmale – nämlich durch deren Abschaffung – zu beenden. Zwar seien vergleichbare Unrechtserhöhungen zum Beispiel beim Verstoß gegen Pflichten aus einer Beschützergarantenstellung (Tötung des eigenen Kleinkindes) denkbar, jedoch könnten diese Umstände auch im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden.

Sie stellte folgenden Regelungsvorschlag zur Diskussion:

§ 211 – Mord

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft oder mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren.

§ 212 – Totschlag

Wurde dem Täter oder einem seiner Angehörigen (alternativ: einer ihm nahe stehenden Person) ohne eigenes Zutun vom Getöteten eine schwere Beleidigung, Misshandlung oder andere Rechtsverletzung zugefügt und er hierdurch unmittelbar zur Tat veranlasst, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.

§ 213 wird gestrichen

Mit dem Konzept werde die vorsätzliche Tötung ohne Berücksichtigung der Tatmotivation („sine causa“) zum Normalfall des Mordes und damit zum Ausgangspunkt der Betrachtung erklärt. Das Unrecht – und folglich der Strafvorwurf – wäre allenfalls dann gemindert, wenn für die Handlung „gute“ Gründe vorlägen. Als solche kämen insbesondere die Einwilligung sowie die Provokation durch das Opfer in Betracht.

Diskussion

Die anschließende Diskussion befasste sich mit dem Konzept von *Grünwald* im Allgemeinen und dem Verzicht auf normierte Mordmerkmale im Besonderen. Dabei kristallisierten sich zwei Meinungen heraus, die die Streichung einerseits befürworteten, andererseits ablehnten.

- Für die Streichung normierter Mordmerkmale sprachen sich aus

Deckers, der den Verzicht auf die „moralisch aufgeladenen“ Mordmerkmale als sinnvoll bezeichnete. Damit ende zugleich der einseitige Schutz der „falschen“ Opfer sowie der „privilegierten“ Täter.

Safferling, der grundsätzlich Sympathie für das Konzept äußerte. Eine Notwendigkeit, zwischen Mord und Totschlag zu entscheiden, sei für ihn nicht ersichtlich.

Kröber, der die Verschlinkung des Prozessstoffes begrüßte. Damit sei jedoch auch eine Verengung der Ermittlung verbunden, die die Hinterbliebenen bei der Frage nach den Hin-

tergründen der Tat allein lasse, was die Rechtswahrfunktion des staatlichen Verfahrens in Frage stelle.

- Gegen die Streichung normierter Mordmerkmale sprachen sich aus

Dölling, wonach dieselben Abgrenzungsschwierigkeiten, wie sie derzeit zwischen vorsätzlicher Körperverletzung mit Todesfolge und Totschlag beständen, zwischen vorsätzlicher Körperverletzung mit Todesfolge und einem im Sinne des Vorschlags reformierten erweiterten Mordtatbestand zu erwarten seien und deshalb befürchtet werden müsse, dass dann Nuancen über die Bestrafung wegen Mordes entschieden. Zudem müsse das Konzept aufgrund der Ausklammerung aller Motive des Täters aus der rechtlichen Betrachtung konsequenterweise auch eine Streichung des § 46 StGB vorsehen.

Schneider, wonach praktische Konsequenz aus dem vorgestellten Konzept eine Anhebung des Strafniveaus sei. Der Verzicht auf einen unbenannten minder schweren Fall sei unterstützenswert, der Verzicht auf eine Punktstrafe jedoch inkonsequent.

Merkel, der die Auflösung der Punktstrafe als probates Mittel bezeichnete, die „Ventilsuche“ der Gerichte am Gesetz vorbei zu beenden, zu der diese sich oft gedrängt sähen, um die gesetzlich angeordnete Sanktion mit der Einzelfallgerechtigkeit in Einklang zu bringen. Gleichwohl müsse auch weiterhin eine Steigerung des Grundtatbestandes nach oben hin möglich bleiben, da auch eine Unrechtserhöhung vorstellbar sei. Die Maßgaben der entsprechenden Beurteilung müssten in tatbestandlichen Grundzügen das Gesetz selbst vorschreiben.

Jaß, da es durch das vorgestellte Konzept lediglich zu einer Verlagerung der Verwertung der Ermittlungsergebnisse, aber zu keiner Verschlankung des Verfahrens kommen werde. Zwar seien keine Tatsachen mehr für die zu streichenden Mordmerkmale aufzuklären, jedoch seien diese im Rahmen der Strafzumessung dann doch wieder in das Verfahren einzuführen und damit im polizeilichen Ermittlungskatalog zu belassen. Dann jedoch seien die Kriterien nicht mehr normiert und damit weit unbestimmter als nach geltender Rechtslage.

Ignor, der die Mordmerkmale insbesondere als einen Ausdruck des Schutzes der Menschenwürde bezeichnete. Streiche man diese, so wäre auch der Bezug zur Werteordnung des Grundgesetzes abgeschnitten.

Rieker-Müller, die erklärte, sie sehe in der Abkehr von einer Differenzierung nach der Motivationslage oder der Vorgehensweise des Täters zwar eine Stärkung des Rechtsgutes Leben, wolle gleichwohl aber aus Gründen der Rechtssicherheit an den normierten Differenzierungsmerkmalen festhalten. Das vorgeschlagene Modell bringe der Richterschaft ein hohes Maß an Vertrauen entgegen und räume ihr in besonderem Umfang Verantwortung ein; es sei jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, entsprechende Wertentscheidungen vorzunehmen und der Judikative vorzugeben.

Rissing-van Saan, da die Normierung von Mordmerkmalen eine durch den Gesetzgeber vorzunehmende Wertentscheidung sei, auf die schlechterdings nicht verzichtet werden könne.

Reinhard, da für ihn sich die bestehende Kasuistik zum Mordtatbestand im Wesentlichen bewährt habe, Bewertungssicherheit vermittele und rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen am besten gerecht werde. Der weitgehenden Ausgrenzung subjektiven Handlungsunrechts als schulderhöhend könne er nicht folgen, da Absichten, Beweggründe und auch die Gesinnung des Täters weithin dafür maßgeblich seien, wie das Recht und die Rechtsgemeinschaft ein Verhalten bewerte.

Referat von Herrn Prof. Dr. Merkel:

Merkel sprach zunächst die derzeit verwandte Terminologie an und hinterfragte die Begriffe „Gefährlichkeit“, „Verwerflichkeit“ und „höchststrafwürdig“ sowie die ihnen ursprünglich und aktuell beigemessene Bedeutung. Zudem beleuchtete er die Dimension der Motivgeneral Klausel in der Rechtsprechung.

Der Begriff der Gefährlichkeit als Leitprinzip des Mordtatbestands lasse sich sinnvoll weder auf die konkrete Tat noch auf den Täter beziehen. Allenfalls sei es der Typus der Tat, dem eine besondere Gefährlichkeit zugeschrieben werden könne. Problematisch seien die Bestimmung dieses Typus‘ und der Umstand, dass dessen denkbare Sozialgefährlichkeit in keinerlei Zusammenhang mit dem Schuldbegriff stünde; dieser sei jedoch Grundlage der Strafzumessung. Die Gefährlichkeit sei damit als generelles Leitmotiv untauglich. Befürchten könne man allenfalls, dass ohne eine Generalprävention in Form der lebenslangen Freiheitsstrafe Dritte durch die Tat animiert würden, Tötungsdelikte zu begehen. Für einen solchen „Ansteckungseffekt“ typischer Mordtaten spreche aber nichts. Somit könne die Differenzierung zwischen zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe auch nicht durch eine besondere Sozialgefährlichkeit des Mordes legitimiert werden.

Das Kriterium der Verwerflichkeit werde häufig mit einem Befund über die Gesinnung des Täters verwechselt und deswegen in der Verwendung dieses Kriteriums irrig eine „Moralisierung des Strafrechts“ gesehen. Es handle sich aber um eine Kategorie des Tat-, nämlich des Handlungsunrechts. Daher müssten bestimmte subjektive Elemente der Handlung zur Beurteilung ihrer Verwerflichkeit herangezogen werden. Das so ermittelte Unrechtsmaß bestimme (bei voll schulfähigen Tätern) zugleich das Maß der rechtlichen Schuld.

Der Begriff der Höchststrafwürdigkeit könne deskriptiv mit Blick auf die Strafdrohungen des StGB, verfassungsrechtlich mit Blick auf deren Zulässigkeit oder auch naturrechtlich mit Blick auf deren rechtsethisches Fundament bestimmt werden. Einer im Wortsinne zeitlich grenzenlosen Strafe wie der Punktstrafe „lebenslang“ müsste eine „grenzenlose Schuld“ des Täters korrespondieren. Eine solche sei im Maße menschlicher Erkenntnismöglichkeiten jedoch nicht begründbar. Mit dem Begriff der Höchststrafwürdigkeit werde rechtspolitisch nicht selten im Modus bloßer und ungeklärter Suggestionen operiert, um eine Reform der Strafdrohung für den Mord zu verhindern.

Die Begriffe „Beweggrund“, „Motiv“, „Absicht“ und „Handlungsantrieb“ würden oft synonym verwandt; sie hätten aber unterschiedliche Bedeutungen. Insbesondere bei den Fällen der „grundlosen Tötungen“ werde dieses Problem deutlich. Hier habe der Täter zwar einen Antrieb und somit eine unmittelbare Handlungsintention, jedoch handle er ohne jede weitere Absicht und damit ohne einen „Beweggrund“, der als Ziel oder Zweck seines Handelns aufgefasst werden könnte. Solche Tötungen seien nicht selten einem Handlungstypus zuzuordnen, der in der Handlungstheorie „expressive actions“ heiße. Sie gehörten nicht zum Typus exemplarisch rationalen Handelns. Schon deswegen erscheine ihre Höchstverwerflichkeit oft zweifelhaft. Die Argumentation des Bundesgerichtshofes, der einen niedrigen Beweggrund daraus zu konstruieren versuche, dass der Täter ohne Grund und also in dem Bewusstsein handle, einen solchen Grund nicht zu brauchen, sei vor diesem Hintergrund begrifflich wie juristisch nicht haltbar.

Eine andere, aber ebenfalls eine Schiefelage weise das „Kannibalen“-Urteil auf. Darin seien niedrige Beweggründe per „Gesamtbetrachtung“ abgelehnt worden; das Mordmerkmal der Befriedigung des Geschlechtstriebes habe man gleichwohl angenommen. Dies entspreche zwar der ständigen Judikatur, wonach bei den benannten niedrigen Beweggründen eine solche Gesamtbetrachtung entfalle. Gleichwohl sei es methodisch wie sachlich befremdlich, da es sich bei der Befriedigung des Geschlechtstriebes um einen Spezialfall des niedrigen Be-

weggrundes handle. Es sei schwer einzusehen, warum die abstrakt formulierte Niedrigkeit wegen besonderer Umstände im Täter oder in seiner Tat gegebenenfalls verneint werden müsse, während genau dieselben Umstände an der Annahme einer konkret benannten Niedrigkeit, etwa der erstrebten Sexualbefriedigung, nichts sollten ändern können.

Diskussion

In der anschließenden Diskussion wurden die aufgeworfenen Fragen zur terminologischen Unterscheidung einzelner Begriffe sowie deren Trennung nach philosophischen, psychologischen und juristischen Aspekten besprochen. Die ursprüngliche Bedeutung und die aktuelle Zuschreibung seien nicht immer deckungsgleich, was im Rahmen einer Reform zwingend zu berücksichtigen und gegebenenfalls zu korrigieren sei.

Siebte Sitzung am 18. und 19. Februar 2015

Ort: Gustav-Radbruch-Saal (5.001)	Beginn: 18. Februar 2015 11:00 Uhr	Ende: 19. Februar 2015 16:20 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV Frau Ministerialrätin Kröger, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers (18. Februar 2015) Herr Prof. Dr. Dölling Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß (18. Februar 2015) Herr Rechtsanwalt Dr. König (19. Februar 2015) Herr Prof. Dr. Kröber Herr Prof. Dr. Merkel Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Frau Ministerialrätin Kröger Frau Richterin am Amtsgericht Berger (19. Februar 2015) Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Prof. Dr. Merkel:

Ausgewählte Grundlagenprobleme der sogenannten Motivgeneralklausel

Merkel knüpfte an seine Ausführung am Ende der vorhergehenden Sitzung an. Die Motivgeneralklausel sei als Tatsachenbeschreibung nicht absolut, sondern hänge in hohem Maße von der Perspektive des Sprechers und den möglichen Varianten der Falldarstellung ab. Dies zeigten auch die kritikwürdigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in denen *grundlose* Tötungen als solche aus einem niedrigen Beweggrund angesehen würden, indem dem Täter unterstellt werde, er handle deshalb besonders verwerflich, weil er glaube, keinen Grund für die Lebensvernichtung zu benötigen. Zutreffender sei, dass diese Fälle nicht vom Vorhandensein eines gegebenenfalls niedrigen, sondern vom gänzlichen Fehlen eines motivationalen Elements gekennzeichnet würden. Dieses schiere Fehlen eines Grundes und einer gewissen Empathie für das Opfer sei jedoch nicht geeignet, das positive Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zu begründen. Es sollte vielmehr Anlass dazu geben, bei hochgradig psychopathischen Tötungsmotiven an die Anwendung der §§ 20, 21 StGB zu denken. Damit werde auch deutlich, dass dem Begriff *niedrig* eine gewisse Beliebigkeit innewohne, was seine Eignung als Abgrenzungsmerkmal für die Höchststrafwürdigkeit ganz grundsätzlich in Frage stelle.

Auch lasse sich – anders als in der neuesten Judikatur des BGH dargetan – kein zwingender Schluss von der Niedrigkeit der Tötungshandlung auf die Niedrigkeit des Beweggrundes ziehen. Damit verbiete es sich, lediglich die extreme Brutalität einer Handlung festzustellen und schon daraus auf die Niedrigkeit des Beweggrundes zu schließen, ohne auch die innere Tatseite einer hinreichend genauen Exploration zu unterziehen.

Die aufgezeigten Defizite und einige weitere, die geläufig seien, führten zur Untauglichkeit der Motivgeneralklausel und sollten daher als Argument für deren Streichung betrachtet werden.

Diskussion

In der Diskussion wurde insbesondere die Frage erörtert, ob die Motivgeneralklausel ein brauchbares Mordmerkmal sei und welcher Stellenwert dem Motivationsbeherrschungspotenzial zukomme.

- Für die Beibehaltung der Motivgeneralklausel sprachen sich aus

Schneider, der dieselben Schwächen im System ausmachte, aber andere Konsequenzen daraus zog. Eine Benachteiligung des Täters sei ausgeschlossen; strukturelle Mängel wirkten sich stets zu seinen Gunsten aus. Es bestehe auch bei Anerkennung dieser dogmatischen Schwierigkeiten ein praktisches Bedürfnis für die Generalklausel. Fälle, in denen es dem Täter bei voller Schuldfähigkeit am Motivationsbeherrschungspotenzial mangelte, seien – so auch *Dölling* und *Kröber* – theoretische Konstrukte und kämen in praxi nicht vor. Evidenzfälle seien relativ einfach lösbar, Grenzfälle so gut wie gar nicht. Ein Prüfprogramm für den Tatrichter habe der Bundesgerichtshof nicht entwickelt. Die diagnostizierte „Beliebigkeit“ existiere nicht, sondern sei allenfalls ein Zeichen dafür, dass eine Vielzahl von Motiven unter die Generalklausel zu subsumieren sei, was ja auch ihrer Bestimmung entspräche. Dabei müsse im Rahmen der Beweisführung – wie auch bei anderen Nachweisen der inneren Tatseite – die Möglichkeit eröffnet sein, Rückschlüsse aus der Tatbegehung zu ziehen, auch wenn diese per se keine Tatmotivation darstelle.

Auch sei die aktuell weite Ausdehnung der Generalklausel dem Umstand geschuldet, dass andere Mordmerkmale zu Unrecht restriktiv verstanden würden, wobei sich die Frage stelle, wo die Ursache und wo die Wirkung zu suchen sei. Zum Beispiel lasse ein weites Verständnis des Begriffes der Mordlust die Prognose zu, dass eine Vielzahl von Fällen, die ursprünglich in den Anwendungsbereich der Generalklausel fielen, unter das formulierte Mordmerkmal subsumiert würden – an der Höchststrafwürdigkeit würde dies nichts ändern, dem Rechtsanwender jedoch ein Mehr an Bestimmtheit und Rechtssicherheit geben.

Deckers, da nur im Rahmen einer Generalklausel eine wünschenswerte Gesamtbetrachtung von Täter und Tat möglich sei. Die aktuelle Anwendung werfe jedoch Zweifel auf, die sich daraus ergäben, dass sich aufgrund der Exklusivität der lebenslangen Freiheitsstrafe Strafzumessungserwägungen auf die Tatbestandebene – nämlich die Frage, ob das Merkmal des niedrigen Beweggrundes vorliegt – auswirkten. Sehe ein Gericht die absolute Höchststrafe als unangemessen an, werde das Merkmal zu Unrecht verneint.

Jaß, für den Ermittlungsbehörden nicht auf eine Motivgeneralklausel verzichten könnten, da jeder aufzuklärende Sachverhalt einzigartig sei und nur durch die Motivgeneralklausel diese Fallvariabilität abgedeckt würde. Einer solchen Öffnung bedürfe es unabhängig davon, wie man sie formuliere.

- Zur Motivgeneralklausel allgemein äußerten sich

Dölling, der auf den Charakter der Motivgeneralklausel hinwies, der nicht daraus bestehe, eine niedrige Handlung, sondern eine Handlung aus einem niedrigen Beweggrund zu pönalisieren. Damit sei eine normative Bestimmbarkeit gegeben.

Safferling, der die Haltung in Common Law-Staaten, etwa Kanada oder den Vereinigten Staaten von Amerika hinwies, wonach wie selbstverständlich davon ausgegangen werde, dass sich jeder einzeln beherrschen könne und „man daher das Motivbeherrschungspotenzial zu haben habe“.

Referat von Herrn Prof. Dr. Kröber:

Mordkonzept und Mordmerkmale aus forensisch-psychiatrischer Sicht

Kröber stellte zunächst eine Untersuchung unter Strafgefangenen vor, die sich in Berlin im Jahr 2014 *aufgrund einer lebenslangen Freiheitsstrafe im Vollzug* befanden. Ziel sei es gewesen herauszufinden, inwieweit die Sanktion mit Tat beziehungsweise Täter korrelierte. Hierzu seien sowohl das Tatbild, die Persönlichkeit und Biographie des Täters sowie die Motivation statistisch ausgewertet worden. Am häufigsten sei das Mordmerkmal der Heimtücke, am seltensten das der Mordlust festzustellen gewesen. Letzteres werde – eventuell auch aufgrund von Lehrmeinung der forensischen Psychologie der 1970er und 1980er Jahre – in seiner praktischen Bedeutung unterschätzt. Dennoch bestehe aus forensisch-psychiatrischer Sicht im Hinblick auf die Mordmerkmale kein Änderungsbedarf. Allenfalls wäre zu überlegen, den Kanon der Mordmerkmale um die „Mehrfachtötung“ zu erweitern.

Innerhalb der Auswertung haben sich folgende bemerkenswerte Fakten herauskristallisiert:

1. Bei Tötungsdelikten durch Männer bilde die Zahl der Inhaftierten die Bevölkerungsverteilung adäquat ab. Heranwachsende seien bei Verurteilung wegen Mordes stets nach dem JGG abgeurteilt und damit nicht zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt worden.
2. Bei Tötungsdelikten durch Frauen sei eine Massierung auf Täterinnen mittleren Alters mit emotional verwehrlostem Hintergrund festzustellen. Jedoch liege die letzte Verurteilung wegen Mordes in Berlin und Umland bereits achteinhalb Jahre zurück.
3. Die Mehrzahl der abgeurteilten Taten seien Evidenzfälle und weise eine deutlich überdurchschnittliche Qualität auf. Im Falle von Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe

seien Alkohol- und Drogenintoxikation eher selten zu finden, was den Schluss rechtfertige, dass in Fällen des Abusus‘ wegen Totschlags oder verminderter Schuld zu einer zeitigen Freiheitsstrafe verurteilt werde.

Als notwendig erweise sich die Entkopplung der lebenslangen Freiheitsstrafe von der Anordnung der Sicherungsverwahrung, da andernfalls die Bedeutung beider Rechtsinstrumente in der öffentlichen Wahrnehmung verschwimme und verwässert würde. Die Festsetzung einer Mindestverbüßungsdauer im Fall der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld solle möglichst frühzeitig und zu einem fest definierten Zeitpunkt erfolgen, um den Täter für die Aufarbeitung zu motivieren und seine soziale Reintegration langfristig vorbereiten zu können.

Diskussion

In der anschließenden Diskussion wurden allgemeine Fragen zur statistischen Erhebung, zu einzelnen Mordmerkmalen und zur Erforderlichkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe erörtert.

- Zu den Mordmerkmalen äußerten sich

Rissing-van Saan, die anmerkte, die Definition der Mordlust durch die Rechtsprechung sei misslungen und darin liege ein Grund für die seltene Anwendung. Durch eine entsprechende Akzentuierung (zum Beispiel in der Begründung eines Gesetzentwurfes) wäre daraus jedoch ein brauchbares und willkommenes Abgrenzungsmerkmal formbar.

- Für die (Exklusivität der) lebenslangen Freiheitsstrafe sprach sich aus

Schneider, da die lebenslange Freiheitsstrafe die Leitwährung des Strafrechts sei und die Beibehaltung einer absoluten Höchststrafe einen sozialpsychologischen Imperativ darstelle unabhängig davon, wie lange tatsächlich vollstreckt werde. Zur Untermauerung dieser Prämisse regte er ein entsprechendes Forschungsvorhaben an.

- Gegen die (Exklusivität der) lebenslangen Freiheitsstrafe sprachen sich aus

Ignor, der die aktuelle Handhabung als einen Etikettenschwindel bezeichnete. Zwar werde eine lebenslange Freiheitsstrafe angedroht und letztendlich auch verhängt, jedoch nicht konsequent vollstreckt (§ 57a StGB). Da sie also faktisch bereits abgeschafft sei, könne sie auch aus dem Wortlaut des Mordparagrafen gestrichen werden. In diesem Punkt solle der Ge-

setzgeber Mut zur Ehrlichkeit beweisen; eine aufgeklärte Gesellschaft, die sich zu den Werten des Grundgesetzes bekenne, sei bereit, den *Mythos einer lebenslangen Freiheitsstrafe* abzulegen. Da ein Großteil der Verurteilten de facto eine Freiheitsstrafe bis zu 30 Jahren verbüße, könnte eine entsprechende Strafrahenobergrenze auch in die Strafandrohung aufgenommen werden.

Merkel, für den der sozialpsychologische Faktor allenfalls darin liege, dass die Höchststrafe naturgemäß eben für den Mord als der schwersten Straftat angedroht werde. Damit sei jedoch noch nichts darüber gesagt, um welche (Art von) Strafe es sich dabei handeln müsse. Als Gedankenspiel brachte er in die Diskussion ein, dass in einem Jahrhundert die jetzigen Regelungen höchstwahrscheinlich ebenso archaisch anmuten würden wie uns heute die vor hundert Jahren geltenden.

Referat von Herrn Prof. Dr. Schneider:

Die Motivgeneralklausel des § 211 Absatz 2 StGB – ein unzeitgemäßes Mordmerkmal?

Schneider bezeichnete die Motivgeneralklausel als die Basis, auf der alle anderen subjektiven Mordmerkmale ruhten. Allen sei gemein, dass sie Tatmotivationen umschrieben, die aufgrund ihrer antisozialen Ausrichtung höchststrafwürdig seien. Dabei sei die Generalklausel im Licht der ausformulierten Mordmerkmale zu verstehen und auszulegen, um ein Korrektiv für deren Randbereiche bieten zu können. Eine Kompensation für höchststrafwürdige Motivationen, die keinem der klar umrissenen Merkmale unterfielen (zum Beispiel Tötungshandlungen zur Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit), wäre andernfalls nicht und lediglich eine Verurteilung wegen Totschlags möglich. Infolgedessen könne auf die Motivgeneralklausel keinesfalls verzichtet werden, wolle man nicht eine Absenkung des Strafniveaus sowie Gerechtigkeitsdefizite hinnehmen. Allenfalls könne man darüber nachdenken, die „sonst niedrigen Beweggründe“ durch den „nichtigen Tatanlass“ zu ersetzen.

Zur Entlastung der Motivgeneralklausel und zugleich zur Erhöhung der Bestimmtheit und Rechtssicherheit erscheine die Ausformulierung weiterer subjektiver Mordmerkmale sinnvoll. Hierbei sei insbesondere an diskriminierende Beweggründe (als Orientierung könne § 46 Absatz 2 Satz 2 StGB-E oder § 130 StGB [„...aus Hass gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer nationalen, rassischen, religiösen oder durch dessen ethnische Herkunft bestimmten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung...“] dienen) und an inkonexe beziehungsweise völlig grundlose Tötungen zu denken. Zudem sei es überlegenswert, politisch motivierte Tötungen und solche in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht als geson-

derte Mordmerkmale zu erfassen. Hierdurch wäre zirkulär auch eine Präzisierung bei der Auslegung der Motivgeneralklausel verbunden.

Diskussion

In der Diskussion wurden die vorgeschlagenen weiteren Mordmerkmale und die Neufassung der Motivgeneralklausel eher kritisch gesehen.

- Zu den vorgeschlagenen neuen Mordmerkmalen äußerten sich:

Merkel, wonach eine selbstjustizielle Tötung eher gegen denn für eine lebenslange Freiheitsstrafe spreche. Denn ihr lägen typischerweise motivierende Umstände zugrunde, für die das Opfer verantwortlich sei. Jedenfalls eine pauschale Anwendung diskriminierender Beweggründe sei problematisch, da diese eo ipso nicht ausreichten, um eine Höchststrafwürdigkeit annehmen zu können.

Ignor, der eine Ausformulierung diskriminierender Beweggründe mittragen würde.

- Zur Neufassung der Motivgeneralklausel äußerten sich:

Dölling, wonach vom Wortlaut alle, aber auch nur die Fälle erfasst sein sollten, bei denen eine fundamentale Verletzung der deutschen Rechtsordnung vorliege.

Ignor, der die Formulierung „aus menschenverachtenden Beweggründen“ als vorzugswürdig bezeichnete, um die Motivgeneralklausel zu präzisieren. Darunter seien Taten zu subsumieren, bei denen der Täter zusätzlich zur Tötung die Menschenwürde des Opfers verletze, indem er dessen personalen Eigenwert vollständig negiere.

Rissing-van Saan, die den Begriff des „nichtigen Tatanlasses“ kritisierte. Einerseits sei damit eine Einengung des Tatbestandes verbunden, andererseits werde nicht deutlich, welche Tatmotivationen davon umfasst seien.

Der erste Sitzungstag endete am 18. Februar 2015 um 18:15 Uhr. Der zweite Sitzungstag begann am 19. Februar 2015 um 09:30 Uhr.

Referat von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor:

Vorschlag für die Reform der Tötungsdelikte

Ignor stellte seine Konzeption vor, mit der er an die Darstellung von *Rissing-van Saan* anknüpfte. Als Grunddelikt der Tötung eines Menschen sei der Tatbestand des Totschlages und als Qualifikation der Tatbestand des Mordes vorgesehen, die jeweils mit zeitigen Freiheitsstrafen sanktioniert werden sollen. Der Strafraumen des Mordes solle bei zehn bis 30 Jahren Freiheitsstrafe liegen. Nur in Fällen, die der aktuellen Feststellung der besonderen Schwere der Schuld entsprächen, solle von der lebenslangen Freiheitsstrafe Gebrauch gemacht werden können. Eine Privilegierung sei zum Beispiel für Fälle von Verzweiflung oder Konflikten vorgesehen.

Das Konzept wende sich bewusst von der Regelbeispielstechnik ab. „Unrecht zu bestimmen, ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters“ – von Letzterem sei lediglich die Subsumtion, aber keine Wertsetzungsentscheidung verlangt. Daher sei der Gesetzgeber gehalten, im Wege konkreter Tatbestände – hier: ausformulierter Mordmerkmale – vorzugehen und nicht schon von Beginn an den Rechtsanwender zur Rechtsfortbildung zu zwingen. Als Mordmerkmale kämen einerseits die Übernahme (gemeingefährliche Mittel, Ermöglichungs-/Verdeckungsabsicht) oder Umformulierung (sexuelle Erregung, rechtswidrige Bereicherungsabsicht, hinterlistiger Überfall, sonstige menschenverachtende Beweggründe) tradierter Tatbestandselemente, andererseits die Kodifizierung neuer (Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot) in Betracht. Maßstab hierfür solle stets sein, ob das normierte Mordmerkmal das zwischen Totschlag und Mord gesteigerte bzw. zusätzliche Erfolgs- oder Handlungsunrecht adäquat abbildet. Der Gesetzgeber müsse sich hierzu offen bekennen.

Durch die Bereitstellung eines Strafraumens würde dem Tatrichter beim Mord zum ersten Mal seine ureigene Domäne, nämlich die der Strafzumessung eröffnet. Damit würde im Hinblick auf das Schuldprinzip ein neues Kapitel aufgeschlagen, weil bislang eine individuelle Schuldbemessung aufgrund des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses nicht stattfinden könne. Die bisherige Kasuistik und Fallgruppenbildung, die der Bundesgerichtshof vorgenommen habe, sei eine „Mogelpackung“ im Hinblick auf die derzeit nicht eröffnete individuelle Strafzumessung. Das Schuldprinzip zwingt quasi zu einem *Strafraumen* unabhängig davon, wie dieser ausgestaltet würde, wobei keine Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz von der Legislative auf die Judikative dergestalt erfolgen dürfe, dass ohne weitere Vorgaben ein immenser Strafraumen zur Verfügung gestellt werde.

Das Konzept stelle erhöhte Anforderungen an die Darstellungslast der Tatgerichte, was zugleich die Überprüfbarkeit von Entscheidungen erleichtern solle. Damit gingen eine Anhebung der Bestimmtheit und eine Zunahme der Anwendungs- und damit Rechtssicherheit einher. Zudem ergebe sich der Vorteil, dass durch die Verwendung von Qualifikationsmerkmalen Vorsatz- und Irrtumsprobleme konsequent ausgeschlossen würden und eine Prozessabsprache insoweit nicht greifen könne.

Diskussion

- Grundsätzlich für den Reformvorschlag sprachen sich aus

Merkel, der die genannten Mordmerkmale den jetzigen gegenüber vorzugswürdig nannte. Anerkennenswert sei der Ansatz, in den Mordmerkmalen unrechts- und nicht schulderhöhende Umstände zu sehen. Hinsichtlich der Formulierung gab er zu bedenken, dass es sich bei der *Rache* nicht um einen menschenverachtenden Beweggrund handle und, wollte man dieses Mordmerkmal einführen, der Begriff der *Vergeltung* treffend wäre, mit dem freilich die Problematik eines gerade darauf bezogenen Verdikts „höchststrafwürdig“ offenkundig würde.

Dölling, der die Abgrenzung von Mord und Totschlag mittels normierter Tatbestandsmerkmale unterstützte, dieses Erfordernis gebe es aber auch für den „besonders schweren Fall des Mordes“. Hier und im Hinblick auf eine Regelung zur Mindestverbüßungsdauer sehe er noch Weiterentwicklungs- und Regelungsbedarf.

- Grundsätzlich gegen den Reformvorschlag sprachen sich aus

Rissing-van Saan, derzufolge nicht im Totschlag, sondern im Mord der Grundtatbestand der Grundtatbestand zu sehen sei, da bereits in der Vernichtung menschlichen Lebens ohne Hinzutreten weiterer Umstände das höchste Unrecht bestehe. Zudem würde durch die Einführung eines so weiten und weitreichenden Strafrahmens das Sanktionssystem des Strafgesetzbuches in seiner aktuellen Form gesprengt. Letztlich beantworte der Reformvorschlag auch nicht, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um auf einen besonders schweren Fall des Mordes zu entscheiden.

Safferling, der insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen (Nicht-)Anwendung des § 212 Absatz 2 StGB die Befürchtung äußerte, dass die lebenslange Freiheitsstrafe faktisch nicht mehr verhängt würde. Mit der Einführung eines Strafrahmens werde zugleich die Logik

des Gesetzgebers gesprengt, der dem Tatrichter die Strafzumessung im Falle höchsten Unrechts gerade entziehen wollte. Die Punktstrafe sei in diesem System folgerichtig und von der Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt. Die hohe Varianz der Rechtsprechung zeige indes, dass das System nicht überzeuge. Hinsichtlich des Strafrahmens schloss er sich der Kritik von *Rissing-van Saan* an.

Kröber, der die von einer lebenslangen Freiheitsstrafe und der damit verbundenen Ungewissheit hinsichtlich des Entlassungszeitpunktes ausgehenden psychologischen Folgen als resozialisierungsförderlich bezeichnete. Inhaftierte im Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe arbeiteten aktiver an der Erreichung des Vollzugsziels mit als jene, denen das Strafbefehl bekannt sei. Dabei solle die lebenslange Freiheitsstrafe jedoch nicht zweckentfremdet den Vollzugsalltag erleichtern, sondern im Wege von Mindestverbüßungsdauer- und Strafaussetzungsentscheidungen helfen, der Entwicklung des Delinquenten im Vollzug Rechnung zu tragen und diesen bis zuletzt zu motivieren. Sollte tatsächlich der zeitigen Freiheitsstrafe der Vorzug gegeben werden, sei eine Regelung vorzusehen, die das Auftürmen von „Strafbergen“ von 30 und mehr Jahren – zum Beispiel im Falle wiederholter Tötungen – verhindere.

Schneider, der insbesondere die vorgeschlagenen Strafrahmenelemente kritisierte. Die für Mord vorgesehene Strafrahmenelementuntergrenze von zehn Jahren führe zu einer Überschneidung mit der Strafrahmenelementobergrenze des Totschlags. Dies hätte quasi so etwas wie einen minder schweren Fall des Mordes zur Folge. Auch wenn die Strafrahmenelementobergrenze von 30 Jahren zunächst imponiere und auch die aktuelle Inhaftierungsdauer übertreffe, werde durch die Aufgabe der lebenslangen Freiheitsstrafe letztlich ein Absinken des Strafniveaus eingeleitet, dass sich schon allein daraus ergäbe, dass nur in den seltensten Fällen die Höchststrafe verhängt werde. Zudem sei der besonders schwere Fall eine Nachzeichnung der Lehre der positiven Typenkorrektur, die höchstrichterlich bereits abgelehnt worden sei.

Rieker-Müller, die ebenfalls die Befürchtung äußerte, es käme zu einem Absinken der Haftverbüßungsdauer. Neben die seltene Verhängung der Höchststrafe trete aufgrund der Möglichkeit der Strafrestausschüttung auf Bewährung nach einer Verbüßung von zwei Dritteln der Haftzeit auch ohne Wandel der tatrichterlichen Rechtsprechung eine faktische Absenkung des Strafniveaus allein schon durch die Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern.

Referat von Frau Rieker-Müller und Herrn Dr. Schady:

Empfehlen sich Änderungen des §57a StGB?

Rieker-Müller und *Schady* erörterten zum einen die Frage nach der allgemeinen Beibehaltung der Norm, zum anderen deren konkrete inhaltliche Ausgestaltung.

Die Norm betreffe nicht lediglich die Tötungsdelikte, auch wenn sie fast ausschließlich in diesem Bereich Anwendung finde. Damit sei eine Streichung des § 57a StGB nur dann geboten, wenn auf die Sanktionsform der lebenslangen Freiheitsstrafe insgesamt, also auch jenseits der Tötungsdelikte, verzichtet werden soll. Umgekehrt scheidet eine Streichung aus, solange an der lebenslangen Freiheitsstrafe festgehalten werde, und zwar erst recht, wenn lediglich das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis aufgehoben und der lebenslangen eine zeitige Freiheitsstrafe an die Seite gestellt würde. Die Existenzberechtigung leite sich nach wie vor aus der Fixierung und Verrechtlichung des etablierten Gnadenwesens in der Form ab, die das Bundesverfassungsgericht als Mindestanforderung an die Entlassung aus dem Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe stelle.

Aktuell ergebe sich eine Haftpopulation von 1.994 Strafgefangenen im Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe. Die durchschnittliche Verbüßungsdauer betrage 20,3 Jahre und läge damit deutlich über der gesetzlich angeordneten Spanne von 15 Jahren. Es werde keine Notwendigkeit gesehen, die Fristen in die eine oder andere Richtung zu reformieren.

Bei ca. einem Viertel der genannten Gefangenen sei die besondere Schwere der Schuld festgestellt worden. Aktuell schaffe die Schuldschwereklausel des § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB die Möglichkeit, zwischen Einzelfällen zu differenzieren. Eine ersatzlose Streichung dieses nach aktueller Rechtslage einzigen „Strafzumessungsmittels“ komme daher nicht in Betracht. Die kritischen Stimmen zur Frage der Bestimmtheit müssten auf andere Art zum Schweigen gebracht werden. Hier sei einerseits eine Vereinheitlichung der Kasuistik denkbar. Andererseits oder sogar kumulativ sei eine Staffelung der Mindestverbüßungsdauern vorstellbar, die ein weit differenzierteres System als derzeit zulasse.

Im Ergebnis schlugen *Rieker-Müller* und *Schady* vor, die Voraussetzungen der „besonderen Schwere der Schuld“, näher zu konkretisieren, mindestens in exemplarisch-offener Form, z.B. durch Ergänzung des § 57a Absatz 1 StGB um einen neuen Satz 2, mit dem die Schuldschwere auf verschiedene Art und Weise ausgestaltet werden könne:

Eine besondere Schwere der Schuld ...

... liegt in der Regel / insbesondere vor, wenn...	[offene Regelbeispiele]
... liegt nur, aber nicht immer / zwangsläufig vor, wenn...	[geschlossene Regelbeispiele]
... liegt (nur) vor, wenn / setzt voraus, dass...	[abschließende Aufzählung]

- der Verurteilte mehrere Menschen getötet hat (oder)
- im Falle des § 57b der Verurteilte neben der lebenslangen Freiheitsstrafe eine weitere Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verwirkt hat (oder)
- der Verurteilte durch eine Handlung mehrere Mordmerkmale verwirklicht hat (oder)
- das zur Verwirkung einer lebenslangen Freiheitsstrafe erforderliche Schuldmaß sonst wesentlich überschritten ist.

Zumindest diskussionswürdig sei eine Vorverlagerung der Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 StGB und § 454 Absatz 1 Satz 4 Nummer 2 Buchstabe b StPO) in den Fällen einer besonderen Schuldschwere. Im Übrigen würden sie empfehlen, an der bisherigen Rechtslage festzuhalten.

Diskussion

Die aktuelle Ausgestaltung des § 57a StGB wurde für reformbedürftig erachtet. Die gesamte Bandbreite von Streichung bis hin zur klarstellenden Überarbeitung wurde vertreten. Darüber hinaus wurde die praktisch relevante Frage eingehend erörtert, wann entsprechende haftbegleitende Entscheidungen getroffen werden sollen.

- Für die Streichung der Schuldschwereklausel sprachen sich aus

Safferling und *Merkel*, denen zufolge im gesamten System der Schuldschwere ein nach Unrechts- und Schuldgesichtspunkten nicht nachvollziehbarer Zwei-Klassen-Vollzug zu sehen sei. Zudem werde zumindest der Teil lebenslanger Freiheitsstrafen verwässert, der nicht mit dem Verdikt der besonderen Schwere der Schuld belegt sei.

Rissing-van Saan, wonach in der Differenzierung der Täterschuld keine Frage der Strafvollstreckung gesehen werden solle. Die durch das Bundesverfassungsgericht entwickelte Kompromisslösung sei aus der Not geboren und existiere nur aufgrund des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus'. Sobald dieser aufgelöst werde, würden die damit verbundenen Vollstreckungsprobleme verschwinden.

- Gegen eine Streichung der Schuldschwereklausel sprach sich aus

Schneider, der angab, er hege grundsätzlich keine Bedenken gegen die aktuelle Regelung und sei der Meinung, dass das System im Großen und Ganzen funktioniere. Wolle man doch etwaige Unschärfen beseitigen, so erscheine die Normierung offener Regelbeispiele – wie von den Referenten vorgeschlagen – vorzugswürdig.

- Zur Ausgestaltung haftbegleitender Entscheidungen äußerte sich

Kröber, der ausführte, er sehe in der aktuellen Handhabung einen Hemmschuh für den Vollzug. Mangels Kenntnis vom Entlassungszeitpunkt sei eine Vorbereitung auf das Leben in Freiheit nicht adäquat möglich. Im „schlimmsten Fall“ wären die Justizvollzugsanstalten während der ersten 15 Jahre zur Untätigkeit verdammt und müssten im Falle einer schnellen Strafaussetzung binnen Monaten oder gar Wochen Maßnahmen ergreifen, die wesentlich mehr Zeit in Anspruch nehmen würden, um eine tatsächliche Wiedereingliederung zu ermöglichen. Durch die den Justizvollzugsanstalten zur Verfügung stehenden Disziplinar-, aber auch die bloße Verweigerung von Lockerungsmaßnahmen seien die Strafvollstreckungskammern gezwungen, wollten sie eine tragfähige Basis für eine Prognose der Legalbewährung haben, die Haft länger andauern zu lassen, als dies eigentlich erforderlich sei. Diese Interdependenz gelte es aufzulösen.

Achte Sitzung am 18. und 19. März 2015

Ort: Gustav-Heinemann-Saal (E.210)	Beginn: 18. März 2015 11:00 Uhr	Ende: 19. März 2015 13:30 Uhr
Sitzungsleitung:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm, BMJV Frau Ministerialrätin Kröger, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers (19. März 2015) Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Rechtsanwalt Dr. König Herr Prof. Dr. Lilie (19. März 2015) Herr Prof. Dr. Merkel Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady (18. März 2015)	
Gäste:	Herr Prof. Dr. Rothschild (18. März 2015) Herr PD Dr. Koch (18. März 2015)	
BMJV:	Herr Ministerialdirigent Dr. Böhm Herr Ministerialdirigent Dr. Korte (18. März 2015) Frau Ministerialrätin Kröger Herr Oberstaatsanwalt beim BGH Sabel (18. März 2015) Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski Herr Klaus	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Referat von Herrn Rechtsanwalt Dr. König:
Empfehlen sich prozessuale Folgeregelungen?

König stellte in seinem Referat drei Forderungen hinsichtlich strafprozessualer Folgeregelungen auf. Ein erster Themenkreis umfasste die verbesserte Beweisaufnahme durch audiovisuelle Dokumentation der Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen. Ein zweiter Bereich widmete sich der stärkeren Partizipation des Verteidiger im Ermittlungsverfahren sowie der notwendigen Verteidigung. Ein drittes Augenmerk ruhte auf der Zweiteilung der Hauptverhandlung mittels Zäsur durch ein Tatinterlokt.

Audio-visuelle Dokumentationen seien bereits nach derzeitiger Rechtslage zulässig, jedoch nicht verpflichtend. Sie dienen einerseits dem Schutz des Beschuldigten, andererseits aber auch dem des Vernehmungsbeamten, da zugleich der Nachweis ordnungsgemäßer Ermittlungstätigkeit durch die Strafverfolgungsbehörden geführt werden könne. Dies sei im Rahmen der Tötungsdelikte insbesondere im Hinblick auf die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe von ausschlaggebender Bedeutung. Hierdurch ließe sich zum Beispiel ausschließen, dass im Wege der Vernehmung eine Verdachtshypothese suggestiv in die Ermittlung eingeflossen ist. Eine Differenzierung empfehle sich einerseits nach dem Status als Beschuldigter beziehungsweise als Zeuge, sowie bei letzterem dahingehend, ob die Aussage voraussichtlich von hervorgehobener Bedeutung sein wird oder nicht. Hierbei sei insbesondere eine Abwägung mit dem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte sowie eine Berücksichtigung der vorhandenen materiellen und personellen Ressourcen der Ermittlungsbehörden erforderlich. Im Ergebnis sei eine gesetzlich verpflichtende Regelung – zumindest bei Verfahren wegen des Vorwurfs von vorsätzlichen Tötungsdelikten – sinnvoll.

Die Dynamik der Ermittlungen in Tötungsdelikten mache eine frühzeitige Verteidigung des Beschuldigten erforderlich. Wegen der Schwere des Vorwurfs und der entsprechend zu erwartenden Rechtsfolgen sei stets ein Fall der notwendigen Verteidigung anzunehmen. Zwar werde hierdurch das Recht des Beschuldigten auf die freie Wahl eines Verteidigers eingeschränkt. Jedoch könne nur auf diesem Weg verhindert werden, dass der Beschuldigte zum Objekt des Verfahrens werde. Die frühe Einschaltung im Verfahren liefere leer, würde der Verteidiger nicht mit entsprechenden Anwesenheitsrechten bei der Beschuldigtenvernehmung ausgestattet. Hinsichtlich der Vernehmungen von Zeugen von nicht tragender Bedeutung drohe aber das Dilemma, dass das Anwesenheitsrecht aufgrund der anwaltlichen Haftung zur Anwesenheitspflicht würde, obwohl für Beschuldigten und Verteidigung kein Mehrwert damit verbunden sei.

Die Zweiteilung der Hauptverhandlung durch eine Zwischenentscheidung in Form eines Interlokuts, das sich ausschließlich zur Frage der Tat verhalte, eröffne bislang brachliegende Möglichkeiten. Obwohl im Schweizer Recht und in der deutschen Geschichte bereits vorhanden, sei davon nur wenig Gebrauch gemacht worden, weil den Vor- gewichtige Nachteile begegneten. Einerseits führte die Trennung dazu, dass nach erfolgter Entscheidung zur Tat die Persönlichkeitsexploration wesentlich freier erfolgen und das Verteidigerdilemma (Hilfsanträge) gelöst werden könne. Andererseits sei bislang nicht geklärt, wie mit doppelrelevanten Tatsachen, die die Tat und die Schuld betreffen, und mit der horizontalen Teilrechtskraft umzugehen sei. Letztlich werde wohl die zeitliche Ausweitung des Verfahrens nicht unmaßgeblich zur Ablehnung beitragen. Da sich dieser Punkt bei Verhandlungen vor dem Schwurgericht jedoch in Grenzen halten dürfte, solle zumindest dort die Einführung eines Tatinterlokuts erwogen werden. Eine entsprechende Regelung könne sich am Alternativ-Entwurf Hauptverhandlung orientieren.

Diskussion

Die anschließende Diskussion befasste sich mit den drei vorgeschlagenen Maßnahmen, wobei die Bandbreite der Meinungen jeweils von voller Unterstützung bis zur vollständigen Ablehnung reichte. *Merkel* und *Safferling*, schlossen sich den Forderungen uneingeschränkt an.

- Für die audio-visuelle Dokumentationspflicht sprach sich aus:

Grünewald, da hierin eine Erhöhung der Transparenz im Vergleich zur aktuellen Rechtslage liege.

- Gegen die audio-visuelle Dokumentationspflicht sprachen sich aus:

Rieker-Müller, die erhebliche Bedenken hinsichtlich der Unbefangenheit der aufgezeichneten Personen äußerte. Der Einfluss des Mediums auf dessen Inhalt sei nicht zu unterschätzen. Es bestehe die Gefahr, dass die Aufgenommenen nicht mehr natürlich reagierten. Auch sehe sie die Gefahr, dass derartige Aufzeichnungen an die Öffentlichkeit gelangen könnten. Dies sei vom Gesetzgeber, der ein Verbot von Videoaufzeichnungen innerhalb der gerichtlichen Hauptverhandlung normiert habe, nicht gewollt.

Jaß, der zwar die Vorteile einer Dokumentation nicht in Abrede stellen wolle, im Fall einer verpflichtenden Regelung jedoch die Nachteile überwiegen sehe. Zum Beispiel sei der nicht unberechtigte Wunsch der Verfahrensbeteiligten zu erwarten, dass eine Verschriftlichung der audio-visuellen Vernehmung erfolgen solle, was flächendeckend jedoch personell wie materiell nicht leistbar sei.

- Für eine stärkere Partizipation des Verteidigers im Ermittlungsverfahren sprach sich aus:

Ignor, weil dies eine verbesserte Sicherung der Beschuldigtenrechte ermögliche.

- Gegen eine stärkere Partizipation des Verteidigers im Ermittlungsverfahren sprachen sich aus:

Rieker-Müller, wonach insbesondere bei Kapitaldelikten in der Notwendigkeit einer Strafverteidigerbeziehung – auch gegen den Willen des Beschuldigten – die Gefahr einer Verzögerung des wichtigen ersten Teils des Ermittlungsverfahrens zu befürchten sei. Es drohe dadurch Beweismittelverlust.

Jaß, der zu bedenken gab, dass bei einer verpflichtenden frühen Einbeziehung eines Verteidigers die Gefahr bestehe, dass stets zum Gebrauch des Schweigerechts geraten und damit eine Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren de facto nicht mehr stattfinden würde. Dies würde dazu führen, dass die Zahl der Ermittlungsansätze reduziert und Sachverhalte letztlich deutlich seltener aufgeklärt würden.

- Für ein Tatinterlokut sprachen sich aus:

Dölling und *Rissing-van Saan*, wonach in der Zweiteilung eine willkommene Möglichkeit zu sehen sei, der Hauptverhandlung mehr Struktur zu verleihen und den Erörterungen zur Rechtsfolge eine höhere Bedeutung einzuräumen. Die Beschränkung einer solchen Reform auf bestimmte Verfahren sei jedoch schwer begründbar.

- Gegen ein Tatinterlokut sprach sich aus:

Rieker-Müller, derzufolge eine solche Ausgestaltung der Hauptverhandlung nicht praktikabel sei. Zudem senke eine Ungleichbehandlung verschiedener Delikte (Einführung des Interlokuts bei Verhandlungen vor dem Schwurgericht) die Akzeptanz.

Referat von Herrn Prof. Dr. Rothschild:

1. Die Rechtsmedizin als Hilfswissenschaft der Einordnung von Tötungsdelikten

2. Die ärztliche Leichenschau als Instrument zur Aufdeckung von Tötungsdelikten

Rothschild ging nach einer Einführung in die ärztliche Leichenschau unter anderem auf die Validität von Todesursachenstatistiken und den statistischen Rückgang von Tötungsdelikten in den letzten Jahren ein. Die Görlitzer Studie von Modelmog et al. (1989) komme zu dem Ergebnis, dass in nur rund 40 Prozent der Fälle die Todesursache richtig festgestellt, in nahezu ebenso vielen jedoch unrichtig diagnostiziert worden sei. In den letzten Jahren sei eine gewisse Korrelation zwischen der Anzahl der Tötungsdelikte in der Polizeilichen Kriminalstatistik und der Anzahl angeordneter Obduktionen feststellbar. Lege man dies zugrunde, käme man für Deutschland zu einer jährlichen Dunkelziffer von circa 1.200 nicht als Tötungsdelikt erkannter Taten. Die Anordnung einer an sich erforderlichen Obduktion unterbleibe zumeist deswegen, weil es an einer qualitativ hochwertigen Leichenschau fehle und Indizien für ein Tötungsdelikt durch medizinische Laien (Kriminaldauerdienst) oder fachfremde Mediziner ohne praktische Erfahrung übersehen würden. Daher solle in „typischen“ Fallkonstellationen grundsätzlich die Obduktion anzuordnen sein. Hierfür könne ein Indikationskatalog innerhalb der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren wertvolle Dienste leisten.

Mithilfe von rechtsmedizinischen Feststellungen zu Leiche und Auffindesituation könne man zumindest auf einige Mordmerkmale Rückschlüsse ziehen. Ein Beweis im juristischen Sinne werde aber nur selten gelingen. Ansatzpunkte für eine weitergehende Unterstützung seien eher im Bereich der aktuell noch unzulässigen molekularbiologischen Untersuchungen zu verorten, die bereits heute die Erstellung eines Phantombildes anhand von am Tatort aufgefundenen genetischen Materials ermöglichen. Hier müsse der Gesetzgeber entscheiden, welchen Weg er künftig beschreiten wolle.

Referat von Herrn PD Dr. Koch:

Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten

Koch stellte verschiedene, in anderen europäischen Ländern aktuell angewandte Modelle zur Bestrafung vorsätzlicher Tötungsdelikte vor. Die Strukturen reichten dabei vom ungestuften Einheitstatbestand bis zum modifiziert dreistufigen System. Beispielhaft für ersteres sei die Rechtsordnung von Dänemark, die nach einer Gesamtschau von Allgemeinem und Besonderem Teil für die vorsätzliche Tötung einen Strafraumen von 7 Tagen bis zu 20 Jahren vorsehe.

Innerhalb der Binnendifferenzierungsmerkmale komme in der Gesamtschau der Qualifikation eine größere Bedeutung als der Privilegierung zu. Neben dem Handeln mit Vorbedacht würden aus den Bereichen Tatmotivation und –mittel sowie Täter- und Opfermerkmale bestimmte Kriterien herausgelöst, die eine Aufstufung des Strafraumens rechtfertigen sollen. Es seien auch Systeme (Österreich) vertreten, die lediglich eine Abstufung des Tatvorwurfes (zum Beispiel aus Mitleid, Verzweiflung, Überschreitung der Notwehr, Angst, Schrecken und Verwirrung) vorsähen und den höchststrafwürdigen Mord als Grundtatbestand verstünden. Bei Spezialtatbeständen wie der Kindestötung, des Suizids und der Tötung auf Verlangen ergebe sich ein sehr ambivalentes Bild.

Die meisten Rechtssysteme verfügten über die Sanktion der lebenslangen Freiheitsstrafe. Ausgenommen hiervor sei die iberische Halbinsel, auf der jedoch auch keine diesbezügliche Tradition bestehe. Die einschlägigen Vollzugsregelungen hätten einen großen Einfluss auf die letztlich zu verbüßende Haftdauer. Zu lebenslanger Freiheitsstrafe werde in der Schweiz jeder Fünfte, in Österreich fast jeder Dritte wegen eines Tötungsdeliktens verurteilt. Die Grundgesamtheit liege jedoch in beiden Ländern jeweils nur im zweistelligen Bereich, was sich negativ auf die Aussagekraft auswirke. Dabei sei festzustellen, dass sich in der Schweiz auch nach der Auflösung der absoluten Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe der Anteil wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter nicht wesentlich verändert habe.

Der erste Sitzungstag endete am 18. März 2015 um 17:00 Uhr. Der zweite Sitzungstag begann am 19. März 2015 um 10:00 Uhr.

Referat von Herrn Prof. Dr. Lilie:

Zu den Abgrenzungskriterien des Alternativ-Entwurfs Leben

Lilie stellte den Alternativ-Entwurf Leben vor, für den der Vortrag von Eser auf dem Deutschen Juristentag 1980 die Basis gebildet habe. Erklärtes Ziel sei es gewesen, die Tötungsdelikte mittels eines Leitgedankens einzugrenzen. Um die sich aus nicht privilegierbarem Mord und privilegierbarem Totschlag ergebende Sanktionskluff zu füllen, habe sich als geeignetes Kriterium für den entsprechenden Sanktionssprung einzig die unrechtserhöhende *Bedrohung der Allgemeinheit* durch den Täter erwiesen. Damit sei die Wirkung einer Tötung gemeint, die über die Täter-Opfer-Beziehung hinausgehe und zu einer potentiellen Gefahr für jeden Einzelnen führe. In der Praxis käme dies einem weitgehenden Verzicht auf die lebenslange Freiheitsstrafe gleich. Zwar bliebe diese faktisch erhalten, würde aber durch Regelungen zur Vollstreckungsdauer abermals eingeschränkt. Die aufgezeigten Nachteile habe man als das erforderliche Opfer für die Stärkung von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit angesehen.

Das Leitprinzip sei durch ausformulierte Mordmerkmale in Form von Regelbeispielen, die eine Abwägung des Einzelfalles zuließen, konturiert worden. Diese seien als Ausformung der Gemeingefährlichkeit anzusehen. Geradezu beispielhaft dafür könnten die tatmehrheitliche Tötung oder die Verabredung zu fortgesetzten Tötungen im Rahmen einer Bandenabrede angesehen werden. Daneben seien auch Tötungen aufgrund von Diskriminierungen beziehungsweise solche aus Mordlust oder Grausamkeit geeignet, einen jeden unabhängig von seiner konkreten Person zu gefährden.

Überlegenswert sei es darüber hinaus, die Bedeutung des Rechtsgutes Leben dadurch zu betonen, dass man die Normen der Tötungsdelikte an den Beginn des besonderen Teils des Strafgesetzbuches stellt.

Diskussion

In der allgemeinen Diskussion um den Alternativ-Entwurf Leben wurden abermals die Themenkreise „Leitprinzip“ und „Regelbeispielstechnik“ angeschnitten. Hinsichtlich der Vorbildwirkung des Alternativ-Entwurfs Leben wurde die gesamte Bandbreite von völliger Ablehnung bis hin zu weitgehender Unterstützung vertreten.

- Für den Alternativ-Entwurf Leben sprachen sich aus:

Merkel, der jedoch erklärte, er verstehe das Leitprinzip als Merkmal einer generalpräventiven Überlegung, die sich beim genaueren Hinsehen alsbald verflüchtige. Im Übrigen entstamme der Begriff der Gefährlichkeit des Täters dem Maßregelrecht; einem abstrakten Tattypus zugeordnet werde es höchst unscharf. Was von der Allgemeinheit gegebenenfalls als erschütternd empfunden werde, sei weit eher die Scheußlichkeit einer Tat als deren Gefährlichkeit für den Einzelnen. Als bestes Beispiel hierfür könne man Tötungen im kannibalistischen Umfeld heranziehen, die zwar widerwärtig sein mögen, jedoch nicht bedrohlich für die Allgemeinheit seien. Daher wäre weiter an der Problematik der Leitprinzipien zu arbeiten.

Deckers, der den Alternativ-Entwurf Leben als Basis für den Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins benannte und daher grundsätzlich unterstützte.

- Gegen den Alternativ-Entwurf Leben sprachen sich aus:

Grünwald, die diesen zwar als die zweitbeste aller Lösungen des Problems bezeichnete, diesen aber gleichwohl ablehnte. Denn der Schutz des Lebens werde dadurch erheblich relativiert, dass allein bei Vorliegen des Leitprinzips die Höchststrafe ausgesprochen werden könne. Es genüge also nicht, einen anderen Menschen vorsätzlich zu töten. Das eingeführte Leitprinzip sei im Übrigen nicht bestimmter als eine allgemeine Verwerflichkeitsklausel. In dogmatischer Hinsicht sei der Entwurf ebenfalls nicht stimmig, weil er einerseits die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe von *Unrechtserhöhungen* abhängig mache, während auf der anderen Seite der Totschlag mit *Schuldminderungen* begründet werde.

Darüber hinaus beruhe der Entwurf auf der Unterscheidung zwischen Fern- und Nahraumtaten. Fernraumtaten würden danach als schwerwiegender eingestuft als Nahraumtaten, die regelmäßig nur einen Totschlag darstellten. Dies sei zwar ein gängiges und beliebtes Konzept in den 1970er und 1980er Jahren gewesen, heute aber nicht mehr zeitgemäß. Denn in den letzten zehn bis 20 Jahren habe ein Wandel in der Gesellschaft stattgefunden, was die Wahrnehmung und Bewertung von Taten im sozialen Nahbereich angehe. Man könne solche Taten deshalb heute nicht mehr pauschal als weniger gravierend einstufen. Eine solche Bewertung passe auch nicht mehr zu anderen gesetzgeberischen Maßnahmen in diesem Bereich.

Safferling, der innerhalb des Entwurfes keinen Anhaltspunkt zu finden vermochte, welche Kriterien ein *besonders* erhöhtes Unrecht ausmachten.

Dölling, der auf die durch das Leitbild nicht zu rechtfertigende Differenzierung zwischen „normalem“ und „schwerem“ Mord hinwies.

- Allgemein zum Alternativ-Entwurf Leben äußern sich:

Rissing-van Saan, die angab, sie teile die Bedenken hinsichtlich der Relativierung des Rechtsgutes Leben. Insofern erweise sich auch die Verwendung eines Leitprinzips als wenig hilfreich. Positiv sei die Verobjektivierung der Mordmerkmale Grausamkeit und Gemeingefährlichkeit. Bedenklich sei dagegen, dass das Mordmerkmal der Heimtücke ohne entsprechendes Äquivalent geblieben sei.

Ignor, der zwar die Orientierung an einem Leitgedanken unterstützte, die „Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ jedoch schon terminologisch für verfehlt halte. Dies suggeriere, dass es auf ein subjektives Bedrohungsgefühl ankäme, das jedoch als bloße Empfindung nicht Teil eines strafrechtlichen Systems sein könne.

Neunte Sitzung am 22. und 23. April 2015

Ort: Gustav-Heinemann-Saal (E.210)	Beginn: 22. April 2015 11:00 Uhr	Ende: 23. April 2015 17:00 Uhr
Sitzungsleitung:	Frau Ministerialrätin Kröger, BMJV Herr Staatsanwalt Meile, BMJV	
Expertengruppe:	Herr Rechtsanwalt Dr. h.c. Deckers (23. April 2015) Herr Prof. Dr. Dölling Frau Prof. Dr. Grünewald Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Ignor Herr Erster Kriminalhauptkommissar Jaß Herr Rechtsanwalt Dr. König Herr Prof. Dr. Kröber (22. April 2015) Herr Prof. Dr. Lilie (23. April 2015) Herr Prof. Dr. Merkel Herr Ministerialrat Reinhard Frau Vorsitzende Richterin am Landgericht Rieker-Müller Frau Vorsitzende Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Rissing-van Saan Herr Prof. Dr. Safferling, LL.M. (LSE) Herr Richter am Amtsgericht Dr. Schady Herr Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Schneider	
BMJV:	Frau Ministerialrätin Kröger Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	
Verfasser:	Herr Staatsanwalt Meile Herr Doroszewski	

Die zweitägige Sitzung diente der Formulierung von Beschlussempfehlungen, die in den Abschlussbericht aufgenommen werden sollen. Die Abstimmungsergebnisse wurden festgehalten und bei den jeweiligen Beschlüssen vermerkt.

Der erste Sitzungstag endete am 22. April 2015 um 17:40 Uhr. Der zweite Sitzungstag begann am 23. April 2015 um 9:30 Uhr.

VIII. Bisherige Reformvorschläge (Auswahl)

1. Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag 1980 (Albin Eser)

[...]

§ 9. Zusammenfassung: Thesen und Gesetzentwurf

I. Die wesentlichen Ergebnisse

1. Reformbedürfnis

Die geltenden Straftatbestände für Mord, Totschlag und Kindestötung (§§ 211-213, 217 StGB) sind dringend reformbedürftig, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Gestaltung als auch ihrer Sanktionierung (o. § 2 III).

1.1. Die gegenwärtige *Sanktionierungskluft* zwischen dem mit absoluter lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten und durch eine exklusive Kasuistik erfassten Mordtatbestand (§ 211) und dem bis auf 6 Monate Freiheitsstrafe privilegierbaren Totschlagstatbestand (§§ 212, 213) gewährleistet weder Rechtssicherheit noch Individualgerechtigkeit: Während bei Totschlag dem richterlichen Ermessen nahezu jede Rechtssicherheit geopfert wird, bleibt bei Mord nicht genügend Raum für Einzelfallgerechtigkeit.

1.2. Solche Mängel könnten allenfalls dann hingenommen werden, wenn durch die gegenwärtige *Mordkasuistik* tatsächlich alle, aber auch nur die höchststrafwürdigen Tötungen erfasst würden. Dies ist durch die exklusive Verabsolutierung isolierter Merkmale nicht zu erreichen.

1.3. Auch der Tatbestand der *Kindestötung* (§ 217) bedarf der Reform, da er teils zu eng, teils zu weit gefasst ist.

2. Neuregelung auf zweistufiger Basis

Bei der gebotenen Neuregelung der Tötungstatbestände ist zunächst eine Grundsatzentscheidung zwischen einem ein-, zwei- oder dreistufigen Strukturmodell zu treffen (§§ 3, 4). Dabei ist einer (vom geltenden Recht abweichenden) Zweistufigkeit von *nicht privilegierbarer* Tötung einerseits und *privilegierter* Tötung andererseits der Vorzug zu geben (§ 5).

2.1. Durch einen *Einheitstatbestand* vorsätzlicher Tötung (Modell Dänemark) würde weder dem sozialemischen Differenzierungsbedürfnis noch den Erfordernissen gesetzlicher Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit hinreichend Rechnung getragen (§ 5 II).

2.2. Eine *Dreistufigkeit* (wie sie modellhaft dem geltenden Recht zugrunde liegt) in der Weise, dass von einer mittleren „Durchschnittstötung“ sowohl qualifizierend nach oben aufgestuft wie auch privilegierend nach unten abgestuft wird, ist schon im Grundansatz verfehlt, da sie der Höchstwertigkeit des Schutzguts Leben nicht gerecht wird, und zudem praktisch nicht durchführbar, da alle Versuche, die Qualifizierungsstufe mit der für einen Tatbestand erforderlichen Klarheit und Tatgerechtigkeit abzugrenzen, als gescheitert zu betrachten sind (§ 5 III).

2.3. Demgegenüber lässt sich eine *affekt- und konfliktorientierte Zweistufigkeit* zwischen nichtprivilegierbarer und privilegierbarer Tötung sowohl kriminologisch besser fundieren als auch kriminalpolitisch legitimieren und kommt zudem dem entwicklungsgeschichtlichen Trend entgegen (§ 5 IV). Ob man diese beiden tatbestandlichen Stufen (wie hier vorgeschlagen) als „Mord“ und „Totschlag“ bezeichnen will, ist zwar eine sekundäre, aber sozialpsychologisch durchaus bedeutsame Etikettierungsfrage; der ohnehin unterschiedliche und wechselvolle Sprachgebrauch steht einer solchen Neuakzentuierung jedenfalls nicht entgegen (§ 5 V).

3. Die nichtprivilegierte Tötung: „Mord“

Auf der Basis einer solchen Zweistufigkeit erfasst der Mordtatbestand alle nichtprivilegierbaren Tötungen (§ 7).

3.1. Dieser *Bereich* unterscheidet sich von dem des heutigen § 211 in zweifacher Hinsicht: Er ist einerseits weiter, da er auch einen Teilbereich des jetzigen § 212 erfasst; andererseits enger, da nicht ein isoliertes Mordmerkmal, sondern letztlich das Fehlen einer privilegierbaren Affekt- oder Konfliktlage über die Erfassung als „Mord“ entscheidet (§ 7 I).

3.2. Unterschiede in Schuldgehalt und Präventionsbedürfnis verbieten eine absolute Strafandrohung. Im Interesse der Individualgerechtigkeit ist ein *Strafrahmen* einzuräumen (§ 8 III). Als Obergrenze ist die nach dem Sanktionssystem höchstmögliche Strafe vorzusehen (§ 8 I), während die (mit der Totschlagshöchstsanktion von 10 Jahren überlappende) Untergrenze bei 8 Jahren Freiheitsstrafe anzusetzen ist (§ 8 V).

3.3. Für den Fall, dass die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft werden sollte und damit die Höchststrafe zeitlich begrenzt wäre, könnte die Ausfüllung des dadurch entstehenden Strafrahmens der richterlichen Strafzumessung überlassen bleiben (§ 7 II 2), so dass besondere Zumessungsregeln entbehrlich erscheinen (u. § 211 Alt. 1).

3.4. Sofern die *lebenslange Freiheitsstrafe beibehalten* wird, sind für die mit dieser Sanktion zu bedrohenden besonders schweren Fälle Strafzumessungsregeln nach Regelbeispieltechnik zu empfehlen (§ 7 II 3; III). Leitprinzip für eine solche *Zumessungsqualifizierung* ist die durch ein Regelmerkmal (§ 7 IV) manifestierte besonders gefährliche Einstellung gegenüber Leib und Leben (u. § 211 Alt. 2).

4. Die privilegierte Tötung: „Totschlag“

Die durch einen menschlich begreiflichen Affekt oder Konflikt veranlasste Tötung ist als „Totschlag“ zu privilegieren (§ 6).

4.1. Durch diesen Privilegierungstatbestand werden über den heutigen § 213 hinaus auch Teilbereiche der jetzigen §§ 212, 211 erfasst; denn letztentscheidend für die Einordnung als „Mord“ oder „Totschlag“ ist weniger das Vorliegen eines verabsolutierten Einzelmerkmals als vielmehr das Handeln aufgrund einer *privilegierbaren Gemütslage* (§ 6 I, II).

4.2. Gesetzestechisch empfiehlt es sich, den generellen Privilegierungstatbestand durch *Regelbeispiele* zu konkretisieren (§ 6 III).

4.3. Neben der regelbeispielhaften Privilegierung der „*provozierten Tötung*“ (§ 6 III 3) und der „*Konflikttötung*“ (§ 6 III 4) ist auch die „*Kindestötung*“ (§ 6 III 5) in modifizierter Form in den Regelkatalog einzubringen (u. § 212).

4.4. Die *Höchststrafe* für Totschlag ist bei 10 Jahren Freiheitsstrafe anzusetzen. Als *Mindeststrafe* ist 1 Jahr Freiheitsstrafe vorzusehen, da – abgesehen von der Tötung auf Verlangen des Opfers – die vorsätzliche Tötung eines Menschen nicht als bloßes Vergehen eingestuft werden kann (§ 8 IV).

5. Sondertatbestände

Auf der Basis der hier vorgeschlagenen Zweistufigkeit bleibt auch weiterhin Raum für eine gesonderte Regelung der (hier ausgeklammerten) *Tötung auf Verlangen* (§ 216 StGB) und des *Völkermords* (§ 220a StGB).

II. Neuregelungsvorschlag

Nach diesen Grundsätzen und Kriterien sollten die geltenden §§ 211-213, 217 StGB durch folgende Regelung ersetzt werden:

§ 211 Mord

*1. Alternative
(bei Abschaffung der lebenslangen
Freiheitsstrafe)*

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren bestraft.

*2. Alternative
(bei Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe)*

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren, in besonders schweren Fällen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter dadurch eine besonders gefährliche Einstellung gegen Leib und Leben erkennen lässt, dass er

1. mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder die Lebensgefährdung Dritter in Kauf nimmt,
2. mit einer Schusswaffe tötet, die er oder ein Tatbeteiligter gewohnheitsmäßig un-erlaubt mit sich führt,
3. die Tötung unter Mitwirkung eines anderen begeht, mit dem er sich bandenmäßig zur Begehung von Gewalttaten verbunden hat,
4. die Tötung in einer für das Opfer besonders qualvollen Weise ausführt,
5. das Vertrauen des Opfers oder einer Schutzperson arglistig erschlichen oder bestärkt hat,
6. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Gewinnsucht tötet oder
7. die Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat begeht.

§ 212 Totschlag

(1) Wer aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung, die den Umständen nach menschlich begreiflich ist, tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ein solcher Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter sich durch eine nicht unerhebliche Bedrohung, Körperverletzung oder Beleidigung, die ihm oder einer ihm nahestehenden Person ohne überwiegende eigene Veranlassung vom Getöteten zugefügt worden ist, zur Tat hat hinreißen lassen,
2. der Täter sich oder eine ihm nahestehende Person aus einer ihm ausweglos erscheinenden, nicht überwiegend selbst veranlassten Konfliktlage mit dem Getöteten zu befreien versucht oder sonst aus Verzweiflung oder aus Mitleid mit dem Opfer tötet, oder
3. eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.

2. Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte - Jura 2003, Seite 612-622 (Harro Otto)

I. Zum Diskussionsstand

Weithin besteht in der Literatur Konsens darüber, dass die Tötungsdelikte reformbedürftig sind. Kritisiert wird, dass das geltende Recht Schutzwirkung, Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit nicht in ausgewogenem Maße gewährleiste. Vor allem habe die abschließende Kasuistik der Mordmerkmale die Rechtsprechung zu einer Strategie fallorientierter Anpassungen gedrängt, die der Rechtssicherheit abträglich sei¹.

Die Rechtsprechung hat diese Kritik nur wenig beeindruckt. Nach wie vor bemüht sie sich, die überkommenen Begriffsbestimmungen der Mordmerkmale aufrechtzuerhalten, sie zugleich aber einzelfallorientiert unterschiedlich zu akzentuieren. Der Gesetzgeber hat mit dem 6. StrRG den Strafraum des § 213 StGB angehoben und § 217 StGB aufgehoben, damit jedoch mehr Probleme begründet als gelöst. - Die Vorarbeiten zu der von der Bundesregierung geplanten Reform der Tötungsdelikte² stellen sich bisher eher als Verweigerung einer Reform dar, denn in wesentlichen Punkten wird die höchstrichterliche Rechtsprechung lediglich festgeschrieben.

II. Die Regelungen des 6. StrRG

Das 6. StrRG hat die Privilegierung der Tötung eines nichtehelichen Kindes in oder gleich nach der Geburt, § 217 StGB, abgeschafft. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die einschlägigen Fälle - ohne Differenzierung in eheliche oder nichteheliche Geburt, da nicht die Nichtehelichkeit des Kindes die Grundlage der Privilegierung war, sondern der durch den Geburtsvorgang ausgelöste psychische Erregungszustand - im Rahmen des § 213 StGB berücksichtigt werden könnten³. Die Strafandrohung des § 213 StGB wurde zugleich wesentlich verschärft und § 221 StGB zu einem Gefährdungsdelikt im Vorfeld der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ausgeweitet.

¹ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2001, Vor § 211 Rdn. 25 mit eingehenden Nachweisen.

² Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums vom 21. März 2001.

³ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 34.

1. Der minder schwere Fall des Totschlags, § 213 StGB

Der minder schwere Fall des Totschlags, § 213 StGB, enthält in seinem ersten Teil (Reizung zum Zorn) eine Privilegierung, in seinem zweiten Teil (sonst ein minder schwerer Fall) eine bloße Strafzumessungsregel⁴. - Die h. M. interpretiert demgegenüber auch die 1. Alternative des § 213 StGB als bloße Strafzumessungsregel und damit als unbenannten Strafänderungsgrund⁵. Das ist jedoch mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen, denn das Gesetz differenziert grundsätzlich zwischen benannten und unbenannten Strafänderungsgründen. Da der strafmildernde Sachverhalt in § 213, 1. Alt. StGB *zwingend* festgelegt ist, handelt es sich insoweit um einen benannten Strafmilderungsgrund, d. h. um eine Privilegierung. *Zwingende* Beispiele unbenannter Strafänderungsgründe gibt es innerhalb dieser Systematik nicht, denn dieses wären logischerweise benannte Fälle unbenannter Strafänderungsgründe.

Vor der Erhöhung des Strafrahmens durch das 6. StrRG hatte die Differenzierung der Strafänderungsgründe in § 213 StGB weitreichende Folgen. Der Versuch des § 213, 1. Alt. StGB war nicht strafbar. Diese Konsequenz bestimmte offenbar die Stellungnahme der h. M., obwohl auch der BGH zunächst die 1. Alt. des § 213 StGB als Privilegierung eingeordnet hatte⁶. - Nach der Änderung des Strafmaßes des § 213 StGB durch das 6. StrRG⁷ hat die Differenzierung ihre praktische Bedeutung verloren, da nunmehr auch der Versuch des § 213, 1. Alt. StGB strafbar ist.

2. Kindestötung, § 217 StGB a. F.

Der Gesetzgeber hob mit dem 6. StGB a. F. auf, da er die Beschränkung des § 217 StGB a. F. auf die Tötung nicht-ehelicher Kinder als nicht mehr zeitgemäß ansah und davon ausging, dass der privilegierende Aspekt ohne weiteres in § 213 StGB erfasst werden könne⁸. Nicht beachtet wurde bei dieser Gesetzesänderung, dass damit zugleich das positivrechtliche Argument für die Geltung der §§ 211 ff., 223 ff. StGB ab dem Zeitpunkt der Geburt aus dem Gesetz entfernt wurde. § 217 StGB a. F. hatte nämlich die *Tötung* eines nichtehelichen Kindes durch die Mutter » in oder gleich nach der Geburt « unter Strafe gestellt und

⁴ Vgl. auch Deckers, Rieß-FS, 2002, S. 667; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht, B.T. I, 9. Aufl. 2003, § 2 Rdn. 55; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., 6. Aufl. 2002, § 2 Rdn. 15; ZWIEHOFF, Die provozierte Tötung, 2001, S. 8

⁵ Vgl. GEILEN, Dreher-FS, 1977, S. 358; GÖSSEL, Strafrecht, B.T. I, 1987, § 1 Rdn. 9; JÄHNKE, LK, 11. Aufl. 1992 ff., § 213 Rdn. 2; KREY, Strafrecht, B.T. I, 12. Aufl. 2002, Rdn. 50; LACKNER/KÜHL, § 213 Rdn. 1; MITSCH, JuS 1996, 28; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 51. Aufl. 2003, § 213 Rdn. 1

⁶ Vgl. BGHSt. 1, 203.

⁷ Krit. Zu dieser Erhöhung des Strafmaßes: MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, B.T. I, § 2 Rdn. 4, 55; SANDER/HOHMANN, NStZ 1998, 274; STÄCHELIN, StV 1998, 99; ZWIEHOFF, Tötung, S. 38. - Befürwortend gegenüber HERDE, ZRP 1990, 458; JÄHNKE, LK, § 213 Rdn. 1; MAATZ, Salger-FS, 1995, S. 94 f.

⁸ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 34.

damit darauf verwiesen, dass das StGB zwischen Leibesfrucht einerseits und Kind (Mensch) andererseits unterschied⁹. Die Möglichkeit, die Geltung der §§ 211 ff., 223 ff. StGB ab dem Zeitpunkt der Geburt aus dem Gesetz abzuleiten, ist nunmehr weggefallen¹⁰. Die Abgrenzung zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötungsdelikten ist damit zweifelhaft geworden¹¹. Das Gesetz steht einer neuen Interpretation jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht mehr entgegen. Daraus sind in der Literatur bereits die Konsequenzen gezogen worden.

Gropp hat vorgeschlagen, die Abgrenzung zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötungsdelikten auf den Beginn der Lebensfähigkeit des Kindes nach Trennung von der Mutter vorzuverlegen und für diesen Zeitpunkt eine abstrakte Frist festzulegen, so dass z. B. der ungeborene Mensch mit dem Ablauf der 20. Woche nach der Empfängnis dem geborenen gleichzustellen wäre¹². - In die entgegengesetzte Richtung weist der Vorschlag von *Rolf Herzberg* und *Annika J. Herzberg*, die die Tötungsdelikte erst ab Vollendung der Geburt, also ab dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Mutterleib, eingreifen lassen wollen, wie dieses auch § 1 BGB nahe lege¹³. - Eine differenzierende Lösung schlägt *Schmoller* vor. Nach seiner Auffassung soll der volle Strafrechtsausschuss des Kindes zwar gegenüber Dritten bereits mit dem Beginn der Geburt eingreifen, gegenüber der Mutter jedoch erst mit dem Abschluss der Geburt¹⁴.

Möglich und mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar sind diese Interpretationen des Gesetzes zumindest in den beiden ersten Alternativen. Fraglich hingegen erscheint, ob sie auch sachgerecht sind.

Die Ausdehnung der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte auf den Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes würde die Problematik des Spätschwangerschaftsabbruchs beseitigen¹⁵ und entspräche einem in der neueren Literatur konstatierten » gestuften Lebensschutz «. Ob hier allerdings wirklich » Entwicklungsstufen « die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit bestimmen oder psychologische und soziopsychologische Fakten, mag dahinstehen, denn die Feststellung der Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes im jeweils konkreten Falle dürfte Beweisschwierigkeiten und Schutzbehauptungen geradezu hervorrufen. Die Festsetzung einer abstrakten Frist hingegeben, mit deren Ablauf unwiderruflich von

⁹ Vgl. dazu z. B. LÜTTGER, JR 1971, 133; SCHWALM, MDR 1968, 278.

¹⁰ Vgl. dazu HANKE, Nachsorger Schutz menschlichen Lebens, 2002, S. 46; HILGENDORF, Brohm-FS, 2002, S. 400; KÜPER, GA 2001, 524 ff.; SCHMOLLER, Gössel-FS, 2002, S. 372; SÖNNECKEN, Die Nidation als Zäsur im Rechtsschutz menschlichen Lebens, 2002, S. 298.

¹¹ Vgl. dazu HILGENDORF, Brohm-FS, S. 400; KÜPER, GA 2001, 529; PAEFFGEN, NK, Stand: März 2003, § 223 Rdn. 4; SCHMOLLER, Gössel-FS, S. 372; STRUENSEE, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. StrRG, 1998, S. 29; TRÖNDLE/FISCHER, Vor §§ 211 bis 216 Rdn. 3.

¹² Vgl. GROPP, GA 2000, 7 f, 13.

¹³ Vgl. R. HERZBERG/ANNIKA I. HERZBERG, JZ 2001, 1112 f.; R. HERZBERG, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, 2003, S. 46 ff., 60.

¹⁴ SCHMOLLER, Gössel-FS, S. 376 ff., 380.

¹⁵ Vgl. dazu auch GROPP, GA 2000, 1; MAURBACH/SCHROEDER/MAIWALD, B.T. I, § 1 Rdn. 9

der Lebensfähigkeit auszugehen wäre, kann nur Aufgabe des Gesetzgebers sein, da hier in einzelnen Fällen die Lebensfähigkeit auf einer Fiktion beruhen dürfte. Derartige, in der Gesetzesauslegung begründete Fiktionen können aber nicht Grundlage einer Verurteilung sein. Zutreffend stellt *Gropp* seine Überlegungen daher *de lege ferenda* zur Erörterung¹⁶.

Soll der Beginn des Strafrechtsschutzes erst ab dem vollständigen Austritt des ungeborenen Kindes aus dem Mutterleib eingreifen, so wäre diese Festlegung durchaus möglich, ohne dem ungeborenen Kinde die Eigenschaft als Mensch abzusprechen¹⁷. Als Zeitpunkt für den Beginn des Menschseins ist die Vollendung der Geburt hingegen ungeeignet, denn bereits während der Schwangerschaft handelt es sich bei dem ungeborenen Kind » um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozess des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt «¹⁸. Unabhängig von dieser begrifflichen Differenzierung ist aber die Neubestimmung des Beginns des strafrechtlichen Schutzes der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte mit einer Strafbarkeits- und damit Schutzlücke verbunden. Dem noch ungeborenen Kind würde im Zeitraum erhöhter Gefahr, nämlich während des Geburtsvorgangs¹⁹, der strafrechtliche Schutz vor fahrlässigen Körperverletzungs- und Tötungshandlungen entzogen. Eine Gesetzesinterpretation, die derartige Schutzlücken eröffnet, erscheint aber wenig überzeugend. *R. Herzberg* und *Annika J. Herzberg* haben diese Problematik auch gesehen, sie schlagen daher *de lege ferenda* vor, besondere Delikte zum Schutz der Leibesfrucht während der Geburt einzuführen²⁰. Letztlich geht es damit aber um ein neues Schutzkonzept. Das jedoch wäre wiederum Aufgabe des Gesetzgebers, und zwar in seiner Gesamtheit. - Gleiches gilt für eine Differenzierung des Schutzes je nach der Person des Angreifers, denn in den einheitlichen Gesetzeswortlaut ist eine solche Differenzierung nicht hineinzulesen. - Auch nach Aufhebung des § 217 StGB ist es daher angemessen und sachgerecht, den Beginn des gemäß §§ 211 ff., 223 ff. StGB geschützten Lebens mit dem Beginn der Geburt anzusetzen²¹.

¹⁶ Vgl. GROPP, GA 2000, 14 f. - In der Sache zustimmend: HIRSCH, JR 1985, 340; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, B.T. I, § 1 Rdn. 9; TRÖNDLE/FISCHER, Vor §§ 211 bis 216 Rdn. 3

¹⁷ Vgl. R. HERZBERG/ANNIKA I. HERZBERG, JZ 2001, 1112; R. HERZBERG, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg), Beiträge, S. 60

¹⁸ BVerfG 88, 203, 251 f.; vgl. auch BVerfG 39, 1, 37.

¹⁹ Dazu ESER, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem. §§ 211 ff. Rdn. 13.

²⁰ R. HERZBERG/ANNIKA I. HERZBERG, JZ 2001, 1113.

²¹ Vgl. auch BGHSt. 31, 348; 32, 194; HANKE, Schutz, S. 46; JÄGER, JuS 2000, 32; KINDHÄUSER, StGB, 2002, Vor § 211 Rdn. 2; KREY, B.T. I, Rdn. 2; KÜPER, GA 2001, 532 ff.; KÜPPER, Strafrecht, B.T. I, 2. Aufl. 2001, § 1 Rdn. 4; LACKNER/KÜHL, Vor § 211 Rdn. 3; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, B.T. I, § 1 Rdn. 8; MERKEL, Früheuthanasie, 2001, S. 100 ff.; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 2 Rdn. 4; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, Vorbem. §§ 211 ff. Rdn. 13; WESSELS/HETTINGER, Strafrecht, B.T./I, 26. Aufl. 2002, Rdn. 9.

III. Die Mordmerkmale in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung²²

1. Das systematische Verhältnis des Mordes zum Totschlag

Nach wie vor geht die höchstrichterliche Rechtsprechung im Gegensatz zur h.M., die in § 212 StGB den Gesetzestatbestand der vorsätzlichen Tötungsdelikte erkennt und § 211 StGB als qualifiziertes Tötungsdelikt interpretiert²³, davon aus, dass § 211 StGB und § 212 StGB voneinander unabhängige Tatbestände sind, die in keiner Weise miteinander verbunden sind²⁴. Die Konsequenzen im Hinblick auf § 28 StGB sind erheblich, eine Begründung für diese Einordnung aber ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu finden²⁵. Darüber hinaus hält die Rechtsprechung ihre Prämissen im konkreten Fall keineswegs durch.

a) Konsequenzen im Hinblick auf § 28 StGB

Werden die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (Motive, verfolgte Zwecke) mit der h. M. und der Rechtsprechung als täterbezogene, besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 28 StGB interpretiert²⁶ und § 211 StGB und § 212 StGB als jeweils zueinander eigenständige Tatbestände angesehen, so kann im Teilnahmebereich allein § 28 Abs. 1 StGB Relevanz erlangen. Danach kommt es für den *Schuldspruch* nicht darauf an, ob der Teilnehmer in seiner Person Mordmerkmale verwirklicht hat oder nicht. Er ist streng akzessorisch nach der Haupttat zu verurteilen, wenn er das Vorliegen der Mordqualifikation in der Person des Haupttäters gekannt hat. Für den *Strafausspruch* hingegen ist es wesentlich, ob auch in der Person des Teilnehmers das in der Person des Haupttäters vorliegende Mordmerkmal verwirklicht wurde²⁷.

aa) Daraus folgt:

Fall 1: A tötet die B aus Habgier. Die Pistole zur Tat hatte ihm C geliehen, der die Motivation des A kannte, selbst aber nicht aus Habgier oder einem anderen niedrigen Beweggrund handelt.

²² Insoweit Anschluss an Otto, *JURA* 1994, 141 ff.

²³ Vgl. dazu u. a. ARZT/WEBER, *Strafrecht*, B.T., 2000, § 2 Rdn. 26; BERNSMANN, *JZ* 1983, 45; BRINGEWAT, *ZStW* 87 (1975), 644; ENGISCH, *GA* 1955, 166; GÖSSEL, B.T. I, § 1 Rdn. 6; HARDWIG, *GA* 1954, 257; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 148; JÄHNKE, *LK*, Vor § 211 Rdn. 45; KREY, B.T. I, Rdn. 19; LACKNER/KÜHL, Vor § 211 Rdn. 22; LANGER, *JR* 1993, 137; MAURBACH/SCHROEDER/MAIWALD, B.T. I, § 2 Rdn. 5; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, B.T., § 2 Rdn. 14; DERS., *JURA* 1994, 142; PUPPE, *NK*, § 28 Rdn. 28; RENGIER, *Strafrecht*, B.T. II, 4. Aufl. 2002, § 4 Rdn. 1; SCHMIDHÄUSER, *NStZ* 1989, 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Vorbem.* §§ 211 ff. Rdn. 5; SCHÜNEMANN, *JURA* 1980, 580; TIMPE, *JZ* 1990, 97 f.; WESSELS/HETTINGER, B.T./I, Rdn. 69.

²⁴ Vgl. BGH *NStZ* 1996, 384 mit anm. OTTO, *JK* 97, *StGB* § 211/30; BGH *NStZ-RR* 2002, 139 mit Anm. OTTO, *JK* 2002, *StGB* § 211/37. - Zur älteren Rechtsprechung: BGHSt. 1, 370 372; 2, 251, 255; 6, 329, 330; 22, 375, 377; 24, 106, 108; 35, 347, 351

²⁵ Vgl. auch JÄHNKE, *LK*, Vor § 211 Rdn. 41; SCHRÖDER, *NJW* 1952, 649; WARDA, *JuS* 1964, 90.

²⁶ Im Einzelnen zu Gegenauffassungen und jeweiligen Konsequenzen OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, B.T., § 8.

²⁷ Im Einzelnen dazu JÄHNKE, *LK*, § 211 Rdn. 62.

Ergebnis: A ist wegen Mordes, § 211 StGB, zu verurteilen, C wegen Beihilfe zum Mord, §§ 211, 27 StGB, jedoch ist seine Strafe gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Es findet eine doppelte Strafrahmenerleichterung statt, nämlich gemäß §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB und §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB²⁸.

Fall 2: A tötet die B aus Habgier. Die Pistole zur Tat hatte C ihm geliehen, weil er an der Beute beteiligt werden sollte und wollte.

Ergebnis: A ist wegen Mordes, § 211 StGB, zu verurteilen, C wegen Beihilfe zum Mord, §§ 211, 27 StGB. Die Strafe des C ist gemäß §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Eine Strafmilderung gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB findet nicht statt.

Fall 3: A tötet die B, ohne ein Mordmerkmal zu verwirklichen. Die Pistole hatte C ihm geliehen, weil er aufgrund des Todes der B eine Erbschaft erwartete.

Ergebnis: A ist wegen Totschlags, § 212 StGB, C wegen Beihilfe zum Totschlag, §§ 212, 27 StGB, zu verurteilen²⁹. - Das in der Person des C vorliegende Mordmerkmal kann nur als Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden³⁰.

Leider hält der BGH seine Prämissen aber keineswegs durch und nimmt auch unbefriedigende Ergebnisse in Kauf.

bb) Widersprüche in der Rechtsprechung des BGH

Fall 4: BGHSt. 23, 39: X und Y töteten den R, um eine eigene Straftat zu verdecken. A half bei dieser Tat, wobei ihn niedrige Beweggründe motivierten, nicht aber die Verdeckungsabsicht.

BGH: X und Y sind wegen Mordes, § 211 StGB, A wegen Beihilfe zum Mord zu verurteilen, §§ 211, 27 StGB. - Eine Strafrahmenerleichterung gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB kommt nicht in Betracht, da in der Person des A zwar nicht das gleiche Mordmerkmal wie bei X und Y vorlag, wohl aber ein gleichwertiges anderes Mordmerkmal.

Mit der Prämisse, dass der Mordtatbestand exklusive Tatbestände beschreibt, die gerade nicht auf einen gemeinsamen Grundtatbestand zurückzuführen sind, sondern der Tat jeweils

²⁸ Vgl. dazu BGH NSTZ 1981, 299; BGH StV 1984, 69; BGH NSTZ 1989, 19; BGH NSTZ-RR 2002, 139 mit Anm. OTTO, JK 02, StGB § 211/37.

²⁹ Vgl. BGHSt. 1, 368.

³⁰ Dazu vgl. JÄHNKE, LK, § 211, Rdn. 62.

ihren eigenen, selbständigen täterbezogenen Charakter geben, ist diese » Auswechslung « der Mordmerkmale nicht in Einklang zu bringen. Sie wäre allein möglich unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 StGB³¹.

Vor dem Hintergrund der Möglichkeit der » Auswechslung « täterbezogene Mordqualifikationen ist die Feststellung des BGH in BGH NStZ 1996, 384, 385 zu erklären, dass Tatgehilfen wegen Beihilfe zu einem von einem Haupttäter A begangenen Mord nur dann verurteilt werden können, » wenn A als Täter aus niedrigen Beweggründen gehandelt hätte und sie selbst als Gehilfen ihre Tatbeiträge entweder ebenfalls aus niedrigen Beweggründen oder in Kenntnis der niedrigen Beweggründe A's erbracht hätten «³². Die hier scheinbar eröffnete Alternative: Niedriger Beweggrund in der Person des Gehilfen oder Kenntnis des Gehilfen vom niedrigen Beweggrund in der Person des Haupttäters, existiert in Wirklichkeit nicht. Die Formulierung ist missverständlich. Eine Bestrafung wegen Teilnahme am Mord *setzt stets* voraus, dass der Teilnehmer um das Vorliegen der Mordqualifikation beim Täter weiß. Ob seine Strafe jedoch gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB über §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB hinaus gemildert wird, hängt davon ab, ob er in seiner Person das gleiche oder - nach der Rechtsprechung des BGH - ein gleichwertiges anderes Mordmerkmal verwirklicht hat.

Fall 5: BGHSt. 36, 231: A und M brachten die T in arbeitsteiligem Zusammenwirken um. A handelte dabei heimtückisch und habgierig, während diese Merkmale in der Person des M nicht vorlagen.

BGH: A und M handelten als Mittäter. Da aber in der Person der A Mordmerkmale vorlagen, ist A wegen Mordes, M wegen Totschlags zu verurteilen.

Damit hat der BGH die These, dass Mord und Totschlag selbständige, voneinander unabhängige Delikte sind, in der Sache aufgegeben³³. Mittäterschaft setzt nämlich die gemeinsame Verwirklichung eines *Straftatbestandes* voraus. Ist dieser Tatbestand Teil eines anderen Tatbestandes, der selbständig die gemeinsame Verwirklichung dieses Tatbestandes und eines weiteren qualifiziert, sondern qualitativ ändert, hindert das die Möglichkeit der Mittäterschaft bei einem der beiden Tatbestände nicht. So liegt die Problematik im Falle der §§ 242, 240 StGB im Rahmen des § 249 StGB. Die Mittäterschaft hinsichtlich § 242 StGB oder § 240 StGB bleibt möglich, wenn einer der Mittäter einen Raub verwirklicht, der andere aber nur arbeitsteilig beim Diebstahl mitwirkt. Handelt es sich jedoch um ein Zusammenwirken beim

³¹ Vgl. dazu auch ARZT, JZ 1973, 682; JÄHNKE, LK, Vor § 211 Rdn. 43; NEUMANN; NK, § 211 Rdn. 119; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 8 Rdn. 10; PUPPE, NK, § 28 Rdn. 29.

³² BGH NStZ 1996, 384, 385 mit Anm. OTTO, JK 97, StGB § 211/30.

³³ Vgl. dazu auch BEULKE, NStZ 1990, 278 f.; GEPPERT, JK 90, StGB § 211/18; KÜPER, JZ 1991, 910 ff.; KÜPPER, JuS 1991, 639 ff.; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 2 Rdn. 17; TIMPE, JZ 1990, 97 f.

Mord, so kann von einer eigenständigen mittäterschaftlichen Verwirklichung eines Tatbestandes gegenüber nur alleintäterschaftlicher Verwirklichung eines weiteren Tatbestandes keine Rede sein, wenn Mord und Totschlag selbständige nicht aufeinander bezogene Tatbestände bilden. Es gibt nur einen gemeinsam verwirklichten Tatbestand, nämlich den des Totschlags. Dass einer der Mittäter auch ein Qualifikationsmerkmal verwirklicht, macht sein Verhalten nicht zu einem gegenüber dem Totschlag anderen Delikt, sondern begründet nur den Vorwurf der Verwirklichung qualifizierten Totschlagsunrechts.

cc) Unbefriedigende Ergebnisse in der Rechtsprechung des BGH

Fragwürdig sind jedoch nicht nur die rechtsdogmatischen Konstruktionen unter der Prämisse, dass § 211 StGB und § 212 StGB selbständige, voneinander unabhängige Delikte sind, sondern auch die Rechtsfolgen.

Fall 6: C stiftet den A, der, wie C weiß, dringend Geld braucht, um seinen Vergnügungen nachzugehen, an, den B zu töten. - C handelt weder aus Habgier, noch aus einem anderen niedrigen Beweggrund.

Ergebnis: A ist wegen Mordes, § 211 StGB, strafbar. - C ist wegen Anstiftung zum Mord zu verurteilen, §§ 211, 26 StGB, der Strafraumen ist jedoch gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Er beträgt 3 bis 15 Jahre.

Hätte C den A hingegen zu einem Totschlag angestiftet, so ist der Regelstrafrahmen 5 bis 15 Jahre. - Das ist sachwidrig³⁴.

Fall 7: A bringt den B aus Habgier um.

1. *Alternative:* C, der weiß, dass A aus Habgier handelt, hilft bei der Tat.

2. *Alternative:* C, der weiß, dass H aus Habgier handelt, verwirklicht die Tötung als Mittäter.

Ergebnis: A ist wegen Mordes, § 211 StGB, zu verurteilen.

1. *Alternative:* C, haftet als Gehilfe zum Mord des A, §§ 211, 27 StGB. - Seine Strafe kann allerdings doppelt gemildert werden; vgl. **Fall 1**.

2. *Alternative:* C haftet lediglich wegen Totschlags.

Auch diese Differenzierung überzeugt nicht³⁵.

³⁴ Vgl. auch ARZT, JZ 1973, 682; JÄHNKE, LK, Vor § 211 Rdn. 43; OTTO, JURA 1994, 142; PUPPE, NK, § 28 Rdn. 27.

³⁵ Vgl. auch JÄHNKE, LK, Vor § 211 Rdn. 43

2. Die einzelnen Mordmerkmale

In der neueren Rechtsprechung des BGH finden zum einen bisherige Definitionen der Mordmerkmale ihre Bestätigung, zum anderen wird der Begriff der niedrigen Beweggründe weiter konkretisiert und schließlich werden die Definitionen der Merkmale Heimtücke und Verdeckungsabsicht jeweils fallorientiert variiert und modifiziert. Die vom BVerfG geforderte restriktive Auslegung dieser Merkmale³⁶ ist jedoch in diesen Interpretationen nach wie vor nicht zu erkennen³⁷.

a) Mordlust

Aus Mordlust tötet derjenige, dem der Tod des Opfers der einzige Zweck ist, sei es dass er die Tat aus Mutwillen, Langeweile oder Angeberei begeht bzw. die Tat als Stimulans für seine abgestumpften Nerven oder als » sportliches Vergnügen « betrachtet³⁸.

Fall 8: BGH NStZ 1994, 239: Nachdem K, D, Frau W und andere gemeinsam Alkohol genossen hatten, entschloss sich K, Frau W zu töten, weil es ihm Spaß machte, andere zu schlagen und seiner Gewalttätigkeit ausgeliefert zu sehen. Er schlug auf sie ein, trat sie mit Füßen und versuchte, ihr den Bauch mit einer Gartenschere aufzuschneiden. Schließlich wurde Frau W stranguliert. D beteiligte sich an den Misshandlungen aus den gleichen Gründen.

BGH: Nach diesen Feststellungen kommt Mordlust in Betracht: »Denn danach haben die Angekl. Ausschließlich deswegen getötet, weil es ihnen Spaß machte, einem wehrlosen Menschen, der ihnen nichts getan hatte, schwerste Schmerzen zuzufügen und ihn unter ihren Händen sterben zu sehen.«

b) Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes

Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes handelt der Täter, der das Töten als Mittel zur geschlechtlichen Befriedigung einsetzt. Zu unterscheiden sind drei verschiedene Fallkonstellationen: Der Täter befriedigt entweder seinen Geschlechtstrieb durch Töten, er tötet, um sich am toten Tatopfer zu vergehen oder er nimmt den Tod als Folge der Gewaltanwendung beim Geschlechtsverkehr in Kauf. - Gerät der Täter bei einer aus anderen Gründen verübten Tötung in sexuelle Erregung und übt er sodann den Geschlechtsverkehr mit dem Opfer aus, so hat er nicht zur Befriedigung des Geschlechtstriebes getötet.

³⁶ Vgl. BVerfGE 45, 187, 267.

³⁷ Vgl. auch KÖHNE, JR 2003, 8.

³⁸ Vgl. BGHSt. 34, 59, 61; HORN, SK II, Stand: Sept. 2002, § 211 Rdn. 9; JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 6; KÜPER, Strafrecht, B.T., 5. Aufl. 2002, S. 222 f.; MITSCH, JuS 1996, 123; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 5; RÜPING, JZ 1979, 620; SCHROEDER, JuS 1984, 277 f. - Krit. FABRICIUS, StV 1995, 637 f.; GROTTENDIEK/GÖBEL, NStZ 2003, 118 ff.

Fall 9: BGH NStZ 2001, 598: Der A hatte auf seine Schwiegermutter S in Tötungsabsicht mit dem Messer eingestochen und sie, nachdem die Klinge des Messers abgebrochen war, durch Schlagen und Würgen weiter verletzt. Sodann überkam den A ein Bedürfnis nach sexueller Betätigung und Befriedigung, und er vergewaltigte die S. - Der Todeseintritt der S wurde durch die Vergewaltigung unmittelbar nicht beschleunigt.

BGH: A tötete nicht zur Befriedigung des Geschlechtstriebes: »Zur Befriedigung des Befriedigung des Geschlechtstriebes tötet, wer das Töten als ein Mittel zur geschlechtlichen Befriedigung benützt, wer im Augenblick des Entschlusses zur Tötung und der Tötungshandlung von sexuellen Motiven geleitet ist. Die Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn das Tatgeschehen entscheidend dadurch geprägt ist, dass der Angeklagte die maßgeblichen Ursachen für den Tod des Opfers gesetzt hat, bevor ihn das Bedürfnis nach sexueller Bestätigung und Befriedigung überkam.«

c) Habgier

Habgier kennzeichnet ein besonderes anstößiges und rücksichtsloses Streben nach Gewinn, d. h. ein Handeln um eines materiellen Vorteils willen in einer Handlungssituation, in der der erstrebte Vorteil in einem unerträglichen Missverhältnis zum angerichteten Schaden steht. Letztlich geht es demnach darum, dass der Täter ein Menschenleben um eines materiellen Vorteils wegen vernichtet³⁹. Das Streben nach dem Vorteil muss die Tat wesentlich prägen. - Vorteil in diesem Sinne können auch ersparte Aufwendungen sein⁴⁰.

Fall 10: BGHSt. 47, 243: A tötete seinen Gläubiger B, um auf diese Weise die Rückzahlung eines Darlehens zu vermeiden.

BGH: A tötete aus Habgier.

d) Niedrige Beweggründe

Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass niedrige Beweggründe Beweggründe sind, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind⁴¹. Die Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung zu beurteilen, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.

³⁹ Vgl. dazu auch ARZT/WEBER, B.T., § 2 Rdn. 56; JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 8; KÜPER, B.T., S. 178 f.; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 11

⁴⁰ BGHSt. 10, 399; BGH NStZ 1993, 386; ARZT/WEBER, B.T., § 2 Rdn. 60; GÖSSEL, B.T. I, § 4 Rdn. 39; LACKNER/KÜHL, § 211 Rdn. 4; WESSELS/HETTINGER, B.T./I, Rdn. 94. - Bei bloßer Absicht, den Besitzstand zu wahren, lehnen Habgier ab: ALWART, JR 1981, 293 f.; KÜPER, Meurer-GedS, 2002, S. 206 f.; MITSCH, JuS 1996, 124 f.; PAEFFGEN, GA 1982, 255; TRÖNDLE/FISCHER, § 211 Rdn. 8

⁴¹ Im Einzelnen dazu KÜPER, B.T., S. 96 ff.

Problematisch in dieser Definition ist der Rekurs auf die »allgemeine sittliche Wertung«, denn dieser findet keinen allgemeinen Konsens mehr⁴². Die Rechtsprechung weist allerdings darauf hin, dass es für die Würdigung relevant ist, »wenn zwischen dem Anlass der Tat und ihren Folgen ein unerträgliches Missverhältnis besteht«⁴³. Das ermöglicht eine weitere Konkretisierung der Definition der niedrigen Beweggründe, denn da auch beim Totschlag kein akzeptables oder gar ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Anlass zur Tat und ihren Folgen besteht, verbietet es sich, das Merkmal der Unerträglichkeit des Missverhältnisses aus den unmittelbar auf die *Verwirklichung des Tötungsdelikts selbst* zielenden Umständen zu entnehmen. Diese bestimmen bereits das Unrecht des Totschlags. Angemessen ist es aber, das Missverhältnis deswegen als unerträglich zu charakterisieren, weil der Täter in der Tat zum Ausdruck bringt, dass er nicht einmal bereit ist, ein Minimum an sozialer Verbundenheit mit anderen zu zeigen, sondern diesen nur noch Objektcharakter zuerkennt, weil er so wenig Achtung vor dem Leben anderer empfindet, dass er bereit ist, die Vernichtung des Lebens in Kauf zu nehmen, wann immer es seinem Interesse entspricht⁴⁴.

Der Begriff der niedrigen Beweggründe im Sinne von Beweggründen, die bei sozialetischer Wertung auf tiefster Stufe stehen, lässt sich danach dahin präzisieren, dass es sich um Beweggründe handeln muss, die erkennen lassen, dass der Täter nicht bereit ist, ein Minimum sozialer Verbundenheit mit anderen zu achten. Die Tat zeigt, dass der Täter den Wert eines Menschenlebens der krassen und bedenkenlosen Durchsetzung seiner egoistischen Interessen unterordnet.

Fall 11: BGH NStZ-RR 1994, 234 mit Anm. *Otto*, JK 00, StGB § 211/33: Der A traf im Hausflur vor seiner Wohnung den achtjährigen Sohn der Nachbarsfamilie K und tollte mit ihm etwas herum, wobei das Kind eine leichte Platzwunde erlitt. Es nahm das Angebot des A an, die Wunde in dessen Wohnung versorgen zu lassen, wollte jedoch kurz darauf - aus nicht mehr feststellbaren Gründen - wieder aus der Wohnung heraus. Der A ließ es nicht gehen, weil er befürchtete, in eine »peinliche Situation« zu kommen, und hielt ihm den Mund zu, als es zu schreien begonnen und auf den A einschlug. Der körperlich weit überlegene A nahm ihm das Glas ab, schlug es seinerseits zweimal mit erheblicher Wucht auf dessen Kopf, so dass dieser eine stark blutende Platzwunde am Kopf und ein Hämatom an der Stirn erlitt. Als der Junge daraufhin erst recht zu schreien begann, würgte er ihn bis zum Tode.

⁴² Vgl. dazu auch OTTO, JZ 2002, 567.

⁴³ BGH bei Dallinger, MDR 1975, 725; vgl. auch BGH MDR 1993, 1102 f.; dazu auch MITSCH, JuS 1996, 125; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 13

⁴⁴ Eingehender dazu BINDER, SchwZStR 67 (1952), 312 ff.; OTTO, ZStW 83 (1971), 43 ff.

BGH: »Ein Beweggrund ist in der Regel als niedrig zu beurteilen, wenn das Opfer zur Verdeckung einer Verhaltensweise des Täters getötet wird, die er zwar nicht für strafbar, jedoch für verwerflich oder seinem Ansehen für abträglich hält. Die besondere Verwerflichkeit liegt gerade darin, dass der Täter das Leben eines Menschen so sehr gering achtet, dass er seine Vernichtung als Mittel zur Verdeckung eigenen Fehlverhaltens einsetzt. Stellt dieses Fehlverhalten nicht wie bei der Verdeckungsabsicht eine strafbare Handlung, deren Folgen für den Täter zumeist wesentlich gravierender sein dürften, sondern lediglich eine »peinliche Situation« dar, ist die Vernichtung eines anderen Menschenlebens umso eher als niedrig und verwerflich zu beurteilen.«

Fall 12: BGH NStZ 1997, 81: A, der mit der X ein intimes Verhältnis hatte, wollte die Beziehung beenden. Daraufhin drohte X, die sadomasochistischen Neigungen des A zu offenbaren und von ihm dabei gefertigte Videoaufnahmen herumzuzeigen. A, der fürchtete, dass diese Offenbarung zum Scheitern seiner Ehe und zum Verlust seines sozialen Ansehens führen würde, tötete die X.

BGH: Die Tötung eines Menschen zur Wahrung des eigenen sozialen Ansehens ist ein niedriger Beweggrund. Gleiches gilt, wenn sich der Täter durch die Tötung der Verantwortung für vorangegangenes Tun entziehen will.

Fall 13: BGH NStZ 1999, 129: Um einer Gruppe junger Leute, die Streit mit einem Gastwirt angefangen hatten, zu imponieren, stach A den Gastwirt nieder.

BGH: Tötung aus Imponiergehabe kann niedriger Beweggrund sein.

Fall 14: BGHSt. 47, 128⁴⁵: L, W und V hatten zusammen mit G erheblich dem Alkohol zugesprochen. Nachdem V sich für kurze Zeit entfernt hatte, bekam L, der den G bisher für einen Deutschen gehalten hatte, mit, dass G tatsächlich Pole war. Hierauf geriet L dermaßen in Wut, dass er auf G einprügelte und ihm - als G am Boden lag - gemeinsam mit W mehrfach ins Gesicht trat. Auslöser des Gewaltausbruchs bei L war, dass sich nach seiner Auffassung der G als jemand zu erkennen gegeben hatte, den L als sozial noch tiefer stehend ansah als sich selbst. W handelte aus ähnlichen Motiven.

Als V zurückkam beteiligte er sich an den Misshandlungen des G, obwohl er selbst keinen Grund für die Tötung hatte. - G starb an den Verletzungen.

⁴⁵ Mit Anm. NEUMANN, JR 2002, 471 ff.; OTTO, JZ 2002, 567 f.; SALIGER StV 2003, 38 ff.

BGH: Im Hinblick auf die Motivation von G und W ist zu beachten, »dass die Tötung eines anderen allein deshalb, weil er in der Wertvorstellung des Täters als geringer eingeordnet wird, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und besonders verachtenswert ist«. - Im Hinblick auf die Motivation von V ist zu berücksichtigen, »dass ein niedriger Beweggrund auch dann gegeben sein kann, wenn der Täter in dem Bewusstsein handelt, keinen Grund für eine Tötung zu haben oder zu brauchen. Eine solche Einstellung, bei der der Täter meint, nach eigenen Gutdünken über das Leben des Opfers verfügen zu können, steht auf sittlich tiefster Stufe und ist besonders verachtenswert«.

Fall 15: BGH NStZ-RR 2003, 78: Der A hatte zusammen mit anderen den S in der Wohnung des M zusammengeschlagen. Als sie die Wohnung später verließen, fordert M sie auf, ihren »Dreck«, gemeint war der S, mitzunehmen. Sie nahmen den S daraufhin aus der Wohnung und ließen ihn draußen liegen. A begann auf den wehrlosen S mit Füßen einzutreten. Später trat er heftiger zu und sprang schließlich mit beschuhten Füßen auf den Brustkorb des S, wobei er in Kauf nahm, dass S zu Tode kommen könnte. S erlag seinen Verletzungen.

BGH: »Bei den mit großer Brutalität und Aggressivität geführten Schlägen mit dem beschuhten Fuß und dem mindestens einmal festgestellten Springen mit beiden Füßen auf den Brustkorb kam beim Angekl. Ein menschenverachtender Vernichtungswille zum Ausdruck, der nach allgemeiner sittlicher Anschauung auf der tiefsten Stufe steht.«

Hat sich der Täter bei der Motivation zu einer Tötung an abweichenden Standards einer anderen, ihn prägenden Kultur orientiert, so hatte der BGH diese Standards zunächst zu seinen Gunsten berücksichtigt: »Ob ein Beweggrund niedrig ist (§ 211 II StGB), also nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, muss aufgrund einer Gesamtwürdigung beurteilt werden, die die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse und die Persönlichkeiten der Täter einschließt. Dabei können die besonderen Anschauungen und Wertvorstellungen, denen die Täter wegen ihrer Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sind, nicht außer Betracht bleiben. [...] Die Feststellung, dass der Angekl. P die < sittliche Bewertung einer solchen Tat in Deutschland > kannte, trägt nicht die Annahme eines niedrigen Beweggrundes; der Tatrichter hat auch hier die unzutreffende Auffassung zugrunde gelegt, dass es < auf die türkischen Anschauungen für die Bewertung des Beweggrundes als niedrig nicht ankommt >«⁴⁶.

⁴⁶ BGH NJW 1980, 537; vgl. auch BGH StV 1997, 566; NEUMANN; NK, § 211 Rdn. 30; RENGIER, B.T. II, § 4 Rdn. 22; TRÖNDLE/FISCHER, § 211 Rdn. 14. - Krit. JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 39 f.

Diese Berücksichtigung abweichender Wertvorstellungen hat der BGH inzwischen jedoch wesentlich eingeschränkt.

Fall 16: BGH NStZ 2002, 369⁴⁷: Die Angekl. Sind, wie auch das Tatopfer A kurdischer Abstammung. A war durch eine Schussverletzung querschnittgelähmt, als er die 17-jährige D kennen lernte, die auch aus einer kurdischen Familie stammte. A und D wollten heiraten. Das lehnte der Vater der D ab. Mehrere Versuche des Vaters, das Paar zu trennen, schlugen fehl. D zog im Mai 1999 in die Wohnung des A, und Anfang Juni heirateten A und D. In den kurdischen Kreisen Bremens galt die Beziehung als unehrenhaft. Daher fühlte sich der Gebietsverantwortliche der PKK zur Lösung des Problems aufgerufen. Er befahl den Angekl., den A und die D zu töten. Diese waren über den Befehl konsterniert, führten ihn aber aus.

BGH: »Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat < niedrig > sind, hat auf Grund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen. Dabei ist der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes grundsätzlich den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt, zu entnehmen.«

Die Entscheidung liegt damit auf der überzeugend von *Jähnke* gewiesenen Linie: »Da der Täter die Bewertung seiner Beweggründe nicht vorzunehmen braucht, ist es gleichgültig, ob die Tat im Heimatland als Ausländer als Mord gewertet wird und wie er selbst sein Motiv einstuft. Andernfalls müsste bei einer gemischt-nationalen Tätergruppe dasselbe Tatgeschehen objektiv unterschiedlich gewertet werden. Für die rechtliche Einordnung einer in Deutschland begangenen Tat gilt das deutsche Recht. Wie bei einem deutschen Täter ist aber die Fähigkeit zu dieser Bewertung den subjektiven Gegebenheiten in der Person des Delinquenten zu entnehmen. Und hier können fremde Überzeugungen und Bräuche erheblich werden. Ist der Ausländer noch fest in ihnen verhaftet, kann er außerstande sein, die deutsche Bewertung mitzuvollziehen; das ist bei der Feststellung der Bewusstseinslage zu berücksichtigen⁴⁸.

e) Heimtücke

Heimtückisch tötet nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der weite Teile der Literatur folgen, wer in feindlicher Willensrichtung die objektiv gegebene Arg- und Wehr-

⁴⁷ Mit Anm. OTTO, JK 03, StGB § 211/39; MOMSEN, NStZ 2003, 237 ff.; SALIGER, StV 2003, 22 ff.

⁴⁸ JÄHNKE, LK, § 211, Rdn. 37; zustimmend KREY, B.T. I, Rdn. 31 in Verb. Mit Fn. 67.

losigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt. *Arglos* ist, wer beim Eintritt der Tat in das Versuchsstadium von dem Täter keinen Angriff auf Leib oder Leben befürchtet. *Wehrlos* ist, wer in seiner Abwehrbereitschaft oder -fähigkeit im Augenblick der Tat stark eingeschränkt ist, wobei die Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen muss.

Unabhängig von der Frage, ob diese Definition der Heimtücke überhaupt geeignet ist, Totschlagsunrecht und das qualifizierte Unrecht des Mordes zu differenzieren⁴⁹, zeigt die Praxis, dass die eigene Definition im konkreten Fall nicht durchgehalten wird. Einzelfallorientierte Ausnahmen bestimmten das Bild. Von einer präzisen Erfassung besonders schweren Tötungsunrechts in klar umrissenen und inhaltlich bestimmten Begriffen ist dieses Verfahren weit entfernt. Es beweist lediglich die Untauglichkeit der gewählten Begriffsbestimmung zur Realisierung der vorgegebenen Zwecke. Die Einzelfallentscheidungen bleiben damit willkürlich.

aa) Arglosigkeit nach vorangegangener Auseinandersetzung

Ursprünglich war der BGH davon ausgegangen, dass derjenige arglos ist, der sich keines Angriffs auf sein Leben versieht⁵⁰. Spätere Entscheidungen verneinten die Arglosigkeit bereits bei der Erwartung eines tätigen Angriffs⁵¹, wobei z. T. ausdrücklich ein schwerer Angriff vorausgesetzt wurde⁵². Nach anderen Entscheidungen sollte es jedoch genügen, dass der Täter dem Opfer in offener Feindschaft gegenübertritt, während es als unerheblich angesehen wurde, »ob sich das Opfer daher gerade eines tätlichen Angriffs versieht«⁵³. Das eröffnete die kuriose Möglichkeit, dass ein tötungswilliger Täter sein Opfer nur mit einem verbalen Streit zu überziehen brauchte, um vor dem Vorwurf der Heimtücke sicher zu sein. Dass der BGH diese Rechtsprechung wieder aufgab, konnte daher nur als Gewinn angesehen werden. Maßgeblich sollte nunmehr sein, dass ein der Tötungshandlung unmittelbar vorausgehender allein mit Worten geführter Angriff die Arglosigkeit nicht ausschließt, wenn das Opfer gegenüber einem Angriff auf Leib oder körperlicher Unversehrtheit gleichwohl arglos bliebe⁵⁴, und zwar sollte das Opfer auch dann arglos sein, wenn es weder mit einem lebensbedrohenden noch mit einem nur gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnete⁵⁵. - Diese Grundlinie bestimmt auch zurzeit die Rechtsprechung, doch ist die grundsätzliche Aussage durchsetzt mit Ausnahmen, die gerade im Widerspruch zu ihr stehen.

⁴⁹ Eingehender dazu OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 23; DERS., JURA 1994, 146 ff.

⁵⁰ Vgl. BGHSt. 7, 218, 221

⁵¹ Vgl. BGHSt. 20, 301, 302.

⁵² Vgl. BGH StV 1985, 235.

⁵³ BGHSt. 27, 322; BGH NSTz 1983, 35.

⁵⁴ BGHSt. 33, 363, 365

⁵⁵ BGH NJW 1991, 1963 mit Anm. OTTO, JR 1991, 382 f.; BGH StV 1985, 235.

Fall 17: BGH NStZ-RR 2002, 233: Zwischen dem Angekl. A und seinem Sohn M sowie den späteren Tatopfern hatte es wiederholt Streitigkeiten gegeben. Es ging um Schutzgelderpressungen. Bei den verschiedenen Auseinandersetzungen war den Beteiligten klar, dass die jeweils andere Seite mit Schusswaffen bewaffnet war. Nach einer verbalen Auseinandersetzung entfernte sich A zehn Meter von der noch in der Auseinandersetzung befindlichen Gruppe um den M und gab auf die in einem Wagen sitzenden Kontrahenten 12 Schüsse ab. Zwei der Wageninsassen kamen zu Tode.

BGH: Die Tatopfer waren nicht arglos: »Hat sich das Opfer bewusst in eine feindliche Auseinandersetzung mit dem Täter eingelassen und musste es in der konkreten Tatsituation mit ernsthaften Angriffen auf seine körperliche Unversehrtheit rechnen, ist - namentlich im Bewusstsein des Täters - die Arglosigkeit des Opfers beseitigt.«

Dass die Tatopfer hier die Situation nicht zutreffend eingeschätzt hatten, soll an der fehlenden Arglosigkeit nichts ändern, doch gilt das nicht ausnahmslos.

Fall 18: BGH NStZ-RR 1996, 322: Zwischen A, seinem Sohn S und dem neuen Lebensgefährten der Frau des A, dem G, war es wiederholt zu Auseinandersetzungen gekommen. A hatte mehrfach gedroht, den S und seine geschiedene Frau zu töten. Diese nahmen die Drohungen ernst, weil sie wussten, dass A Waffen besaß. Nachdem S den A wegen einer Ohrfeige bei einer Auseinandersetzung angezeigt hatte, beschloss A, mit dem S zu reden. Er wartete auf ihn, wobei er einen mit 6 Schuss geladenen Revolver bei sich hatte. S erschien gegen 18.00 Uhr. Als S den A sah, kam er mit G, der sich auf dem Anwesen aufgehalten hatte, dem A entgegen. Es kam zu einem Streitgespräch, wobei A seine linke Hand in der Hosentasche hielt. Der G, dem dieses bedrohlich erschien, forderte den A vergebens auf, die Hand aus der Hosentasche zu nehmen. Da das Gespräch zu keinem Ergebnis führte, beendete G das Gespräch und forderte S auf, ins Haus zu kommen. Nachdem S und G sich umgedreht hatten, feuerte A auf sie 6 Schuss ab.

BGH: »Das Opfer eines Tötungsdelikts ist nicht arglos, wenn der Tat eine offene Auseinandersetzung mit von vornherein feindlichem Verhalten des Täters vorangegangen ist. Arglosigkeit kann jedoch wieder eintreten, wenn der Täter sich so verhält, dass daraus auf ein Ende der Feindseligkeiten geschlossen werden kann, und das Opfer daraufhin eine Haltung einnimmt, aus der sich ergibt, dass es keinen weiteren Angriff mehr befürchtet.« - Im konkreten Fall sah der BGH den Streit allerdings noch nicht als beendet an, als S und G sich umdrehten.

Schließlich soll es aber nicht immer auf die *Erkennbarkeit* eines Angriffs ankommen, sondern darauf, ob das Opfer die Angriffsabsicht des Täters *erkannt hat*.

Fall 19: BGH NStZ 2002, 368: Die Ehe von A und seiner Ehefrau M war zerrüttet. A verfolgte seine Ehefrau mit übersteigerter Eifersucht und spionierte ihr nach. Wiederholt hatte es Auseinandersetzungen gegeben, zweimal war A dabei tätlich geworden. Nach einem erneuten Streit teilte M dem A mit, dass sie sich von ihm trennen wollte. A verließ daraufhin die Wohnung und holte eine Pistole. Als er zurückkam, gingen die Streitigkeiten im Badezimmer, wo M sich aufhielt, weiter, und A wurde klar, dass M ihn endgültig verlassen wollte. Darauf zog er die Pistole, richtete sie auf M und drückte ab. Es löste sich jedoch kein Schuss. M versuchte aus dem Badezimmer zu entkommen. A versperrte ihr aber den Weg und tötete sie.

BGH: »Arg- und Wehrlosigkeit i. S. d. Mordmerkmals der Heimtücke können auch dann gegeben sein, wenn der Tat eine feindselige verbale Auseinandersetzung vorausgeht, das Opfer die drohende Gefahr aber erst im letzten Augenblick erkennt, so dass ihm keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen.«⁵⁶ - In der konkreten Entscheidung verneint der BGH allerdings die Heimtücke, weil A die mögliche Arg- und Wehrlosigkeit der M nicht erkannt hatte.

Neuestens stellt der BGH nicht mehr allein auf den psychisch nachweisbaren Sachverhalt ab, sondern begründet die Arglosigkeit »normativ«.

Fall 20: BGH NJW 2003, 1955, 1956: A wurde von M erpresst. Um seiner Forderung Nachdruck zu verleihen begab sich M mit einem Begleiter zu A und drohte dem A dort, seine Wohnungseinrichtung zu zerstören. A holte daraufhin eine Tüte mit Geld, die der Begleiter des M an sich nahm. A, der wütend war, dass M ihm sein angespartes Geld wegnehmen wollte, trat hinter M, fasste »den völlig überraschten M« am Kopf und schnitt ihm von hinten mit einem Küchenmesser durch den Hals. M starb.

BGH: Der BGH lehnt hier das Vorliegen von Arglosigkeit auf Seiten des M ab: »Mit seinem konkreten Angriff hat das spätere Opfer des Gegenangriffs in aller Regel seine Arglosigkeit bereits zuvor verloren. Er ist der wirkliche Angreifer. Dem Angegriffenen gesteht die Rechtsordnung das Notwehrrecht zu. Mit dessen Ausübung muss jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen. Das ist von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben. Dem entspricht, dass das Notwehrrecht generell im Rechtsbewusst-

⁵⁶ Vgl. auch BGH NStZ 2003, 146.

sein der Bevölkerung tief verwurzelt ist. Der Erpresser ist deshalb unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig nicht gänzlich arglos. Das Mordmerkmal der Heimtücke ist einer solchen, auch normativ orientierten einschränkenden Auslegung zugänglich. Diese gründet mit darin, dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in einem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet. «

Das Ergebnis mag dem Rechtsgefühl entsprechen und auch sachlich richtig sein, denn in der Tat findet in dieser Tötung kein gegenüber dem Unrecht des Totschlags qualifizierter Unrechtsvorwurf Ausdruck. Mit den begrifflichen Prämissen der Rechtsprechung zur Bestimmung des Begriffs der Heimtücke ist es aber nicht in Einklang zu bringen.

bb) Der Zeitpunkt der Arglosigkeit

Der maßgebliche Zeitpunkt der Arg- und Wehrlosigkeit ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs, mit dem der Täter in das Versuchsstadium eintritt⁵⁷. Arglosigkeit bei der Tatvorbereitung oder sonst vor Beginn der Tötungshandlung soll nicht genügen⁵⁸. - Eine Ausnahme wird jedoch für den Fall gemacht, dass der Täter sein Opfer mit Tötungsvorsatz planmäßig in einen Hinterhalt lockt oder ihm eine Falle stellt. In dieser Situation soll es nicht darauf ankommen, ob das Tatopfer beim Beginn des Tötungsversuchs arglos war: »Wer einen anderen nach einem wohlüberlegten Plan mit Tötungsvorsatz in einen Hinterhalt lockt und dadurch eine bis zur Tatausführung fortwirkende günstige Gelegenheit zur Tötung schafft, handelt auch dann heimtückisch, wenn er dem Opfer in *offen* feindlicher Haltung aus dem Hinterhalt gegenübertritt.«⁵⁹

Schon die Differenzierung dahin, dass der Täter, der weiß, dass sein Opfer ihm nicht entfliehen und keine wirksamen Gegenmaßnahmen treffen kann, lediglich wegen eines Totschlags verurteilt werden soll, wenn er dem Opfer vor Eintritt in den Tötungsversuch sein Schicksal ausmalt, während der Täter, der dem Opfer Angst- und Todesqualen ersparen will, wegen Mordes haften soll, spricht für sich. Unabhängig davon ist jedoch »die Ausnahme von der Regel« begrifflich mit der vorgegebenen Definition nicht zu erfassen und bleibt - gesehen auf die Prämissen - willkürlich⁶⁰.

⁵⁷ Krit. gegenüber dem Zeitpunkt des Versuchsbeginns JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 52

⁵⁸ Vgl. z. B. BGHSt. 19, 321, 322; 32, 382, 384; BGH NSTz 1993, 438; BGH NSTz-RR 2001, 14.

⁵⁹ BGHSt. 22, 77; vgl. auch BGHSt. 32, 382, 385; BGH NSTz 1989, 364; BGH NJW 1991, 1963, 1964

⁶⁰ Zur Problematik der »Zeitregel« vgl. auch KÜPER, B.T., S. 185

cc) Die Arglosigkeit Schlafender, Bewusstloser und Schwerkranker

Bei der Tötung Schlafender soll nach Auffassung des BGH grundsätzlich Heimtücke vorliegen, weil Schlafende ihre Arglosigkeit in den Schlaf mitnehmen. »Der Schlafende ist in aller Regel arglos, wenn er einschläft. Er überlässt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, dass ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit.«⁶¹ ... »Wer sich zum Schläfe niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie begleitet ihn, auch wenn er sich ihr nicht mehr bewusst ist. ... In diesem Sinne ist die Tötung eines Schlafenden das geradezu klassische Beispiel der Heimtücke.«⁶² - Anders soll es hingegen bei Bewusstlosen sein, da diese ihr Zustand überkommt, ohne dass sie es verhindern können⁶³. Den Bewusstlosen stellt der BGH Schwerkranker gleich.

Fall 21: BGH NStZ 1997, 490 mit Anm. *Otto*, JK 98, StGB § 211/31: Die Angekl. A und B fassten den Plan, den schwerkranken Ehemann der A, der sich zur Behandlung im Krankenhaus befand, durch die Verabreichung des Medikaments »Epilan« zu töten. B begab sich in das Krankenhaus und fand den Ehemann schlafend vor. Er war kaum ansprechbar und nahm seine Umwelt nur unvollkommen wahr. Diese Situation nutzte B aus. Er leerte die mitgeführte und bereits mit einer Lösung aus »Epilan« befüllte Spritze in eine an der Hand des Tatopfers befestigte Braunüle. Die Dosierung des beigebrachten Mittels hätte jedoch um ein Vielfaches höher sein müssen, um tödlich zu wirken. Das Opfer verstarb am folgenden Tag, jedoch nicht aufgrund des vom Angekl. injizierten Medikamentes, sondern an den Folgen seiner Erkrankung.

BGH: »Das Mordmerkmal der <Heimtücke> ist nur gegeben, wenn das Opfer gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos ist. Dieser Kausalzusammenhang erscheint zweifelhaft, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Opfer infolge Krankheit nicht in der Lage ist, die Absicht des Täters zu erkennen und diesem Angriff wirksam entgegenzutreten.«

Die Differenzierung zwischen der Tötung eines Schlafenden und eines Bewusstlosen - das ist bereits wiederholt geltend gemacht worden - überzeugt sachlich nicht. Bereits im Jahre 1970 hat *Dreher* gezeigt, dass die Argumentation des BGH darauf hinausläuft, die Tötung eines Schlafenden, der sich arglos niedergelegt hat, als Mord zu behandeln, während Heimtücke ausgeschlossen ist, falls der Schlafende aus Angst vor einem Angriff einen Revolver

⁶¹ BGHSt. 23, 119, 120

⁶² BGHSt. 23, 119, 121

⁶³ Vgl. BGHSt. 23, 119, 120; 32, 386

unter sein Kopfkissen gelegt hat⁶⁴. - Die Unterschiede im Sachverhalt legitimieren die unterschiedliche Bestrafung mit Sicherheit nicht.

Sodann erscheint es fragwürdig, was der BGH unter »Arglosigkeit« versteht. Ist es das positive, reflektierte Bewusstsein der Sicherheit, so fehlt dieses nicht nur im Zeitpunkt des Schlafes und der Bewusstlosigkeit, sondern im Regelfall auch dann, wenn jemand, der keinen Grund hat, einen Überfall zu fürchten, sich zum Schlafen niederlegt. Lässt man hingegen das unreflektierte *Mitbewusstsein* der Sicherheit genügen, so lässt sich dieses bei jedem, der nicht gerade in der Angriffssituation das Bewusstsein verliert oder der voller Angst vor einem tödlichen Angriff in den Schlaf fällt, feststellen. Das gilt auch für denjenigen, der gegen seinen Willen vom Schlaf übermannt wird, es sei denn, er kämpft gegen den Schlag in Erwartung des tödlichen Angriffs an. Schließlich ist auch davon auszugehen, dass ein Patient, der sich ins Krankenhaus begibt, dort nicht einen kriminellen Angriff auf sein Leben erwartet, so dass auch er in der Regel arglos ist. Warum soll sein Krankheitsverlauf an dieser Arglosigkeit etwas ändern, wenn man davon ausgeht, derjenige, der sich zum Schlafen hinlegt, nehme seine Arglosigkeit mit in den Schlaf⁶⁵?

Schließlich weist *Küper* mit Recht darauf hin, dass dann, wenn an dem Grundsatz festgehalten wird, dass die »Fähigkeit zum Argwohn« Voraussetzung der Arglosigkeit ist, und davon geht auch der BGH aus⁶⁶, Schlafende wie Besinnungslose gleichermaßen nicht arglos sein können, weil ihnen mangels Bewusstseins diese Fähigkeit fehlt⁶⁷.

dd) Die feindliche Willensrichtung

Das Merkmal der feindlichen Willensrichtung hat in der Rechtsprechung des BGH bisher keine scharfen Konturen erlangt. Zunächst diente das Merkmal dem BGH dazu, Fälle des sog. Mitnahmesuizids aus dem Mordtatbestand herauszunehmen, in denen der Täter »in krankhafter Verblendung« glaubte, »zum besten« seines Opfers zu handeln⁶⁸. Das Fehlen der »feindlichen Willensrichtung« führte aber auch dazu, einen in die NS-Euthanasieaktionen verstrickten Arzt⁶⁹ und später Klinikpersonal⁷⁰ bei sog. Mitleidstötungen vom Mordvorwurf zu entlassen. Inzwischen bemüht der BGH sich jedoch um eine restriktive Interpretation des Merkmals und begnügt sich in Fällen sog. Mitleidstötungen nicht mehr mit dem Fehlen einer

⁶⁴ Vgl. DREHER, MDR 1970, 249.

⁶⁵ Eingehender zu den Konsequenzen OTTO, JK 98, StGB § 211/31.

⁶⁶ Dazu JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 42.

⁶⁷ KÜPER, JuS 2000, 745; DERS., B.T., S. 186; vgl. auch KARGL, StraFo 2001, 368.

⁶⁸ Vgl. BGHSt. 9, 385, 390; BGH NJW 1978, 709; BGH bei Holtz, MDR 1981, 267; BGH bei Holtz, 1989, 858; BGH NSStZ 1995, 230 mit Anm. GEPPERT, JK 96, StGB § 211/27.

⁶⁹ BGH JZ 1974, 511.

⁷⁰ BGHSt. 37, 376, 377; dazu GEILEN, Spindel-Fs, 1992, S. 522 ff.

»feindlichen Willensrichtung«, sondern fordert eine objektive nachvollziehbare Wertung, die der Beendigung schwerster Leiden Vorrang gibt.

Fall 22: BGH NStZ-RR 1997, 42: Der A wurde vorgeworfen, ihre 7jährige, völlig gesunde Nichte mit Arsen vergiftet zu haben, weil sie verhindern wollte, dass das Kind später einmal in Siechtum verfallen würde, da in der Familie des Vaters erbliche Krankheitsbelastungen bestanden.

BGH: ... »Allerdings würde schon nicht bei der Tötung eines objektiv Schwerkranken, erst recht nicht bei der Tötung eines bisher gesunden Kindes, bei dem der Täter nur die Sorge hat, es könnte <in Siechtum ... verfallen>, eine Mitleidsmotivation ausreichen, um eine die Heimtücke prägende feindselige Haltung des Täters aus Rechtsgründen auszuschließen. Wie der BGH ausgesprochen hat, ist vielmehr in Fällen dieser Art die Annahme von Heimtücke nur dann auszuschließen, wenn die Motivation des Täters sich aus einer objektiv nachvollziehbaren Wertung ableitet, die der Beendigung schwersten Leidens den Vorrang gibt. Heimtücke wäre dagegen dann zu bejahen, wenn - wie hier - der Täter das Leben seines Opfers (unter Ausnutzung von dessen Arg- und Wehrlosigkeit) nach eigenen Wertmaßstäben selbstherrlich gezielt verkürzt hätte, wobei allein er bestimmt, dass er es <durch eine von niemandem erbetene Tötung> zur Vermeidung künftigen Siechtums beendet.«⁷¹

Fall 23: BGH NStZ-RR 2000, 327 mit Anm. *Otto*, JK 01, StGB § 211/35: Der A war zur Selbsttötung entschlossen. Seine Ehefrau hatte einen gemeinsamen Selbstmord entschieden abgelehnt. Auf entsprechende Äußerungen des A hatte sie gesagt, sie habe nun Angst vor ihm. Ein Messer, mit dem A hantiert hatte, schloss sie in der Küche ein. Existentielle Not hatte die Ehefrau nach dem Tode des A nicht zu fürchten. Gleichwohl tötete er sie unter Ausnutzung ihrer Arg- und Wehrlosigkeit. Sein eigener Suizid schlug fehl.

BGH: »Setzt sich der Täter [...] über einen erklärten Willen des Tatopfers hinweg, kann eine feindliche Willensrichtung nur verneint werden, wenn er in krankhafter Verblendung handelt. Dafür geben die Feststellungen keinen Anhaltspunkt.«

Die Abwendung des BGH von einer subjektiv willkürlichen Bestimmung der Opferinteressen durch den Täter ist ohne Einschränkung zu begrüßen. Insgesamt zeigt die Entwicklung der

⁷¹ Vgl. auch BGH StV 1991, 347.

Rechtsprechung jedoch nur, dass das Merkmal der »feindlichen Willensrichtung« ungeeignet ist, sachgerechte Differenzierung zu ermöglichen⁷².

ee) Strafmilderung trotz Vorliegens der Voraussetzungen der Heimtücke

Dass das Merkmal der Heimtücke, so wie der BGH es definiert, ungeeignet ist, zwischen schwerem Tötungsunrecht und schwerstem Tötungsunrecht zu differenzieren, gesteht die Rechtsprechung im Übrigen letztlich zu, indem sie die lebenslange Freiheitsstrafe über § 49 Abs. 1 StGB in Fällen mildert, in denen außergewöhnliche Umstände die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen⁷³. Bei diesen außergewöhnlichen Umständen muss es sich um Sachverhalte handeln, »die in ihrer Gewichtung gesetzlichen Milderungsgründen (z. B. bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit oder bei entschuldigendem Notstand i. S. v. § 35 I S. 2 StGB) vergleichbar«⁷⁴ oder so außergewöhnlich sind, dass von einem Grenzfall gesprochen werden kann⁷⁵.

Diese Flucht in eine - im Gesetz nicht vorgesehene - Generalklausel überzeugt wenig. Zum einen müsste die »Verhältnismäßigkeitskorrektur« für alle Mordmerkmale gelten⁷⁶, zum anderen ist auf diesem Wege nicht sicherzustellen, dass Fälle, die nach ihrem Sinngehalt unter § 213 StGB fallen, aus dem Anwendungsbereich des Mordtatbestandes herausfallen⁷⁷.

f) Verdeckungsabsicht

aa) Die inhaltliche Bestimmung der Verdeckungsabsicht

Bei der Tötung zur Verdeckung einer Straftat ist Tatmotiv das Bestreben des Täters, durch die Tötung die Aufdeckung bzw. die Aufklärung einer anderen Straftat zu verhindern⁷⁸. Die bloße Absicht, sich der Strafverfolgung zu entziehen, genügt nicht.

Problematisch erscheint allerdings, ob die Motivation sich durch eine Tötung der Verantwortung für zuvor begangenes Unrecht entziehen zu wollen, besonders schweres Tötungsunrecht verwirklicht. Das Gesetz berücksichtigt nämlich die Selbstbegünstigungsabsicht z. T. privilegierend - vgl. z. B. §§ 145 d, 157, 164, 257, 258 StGB -, erkennt z. T. aber auch in der Verdeckungsabsicht ein qualifiziertes Element - vgl. z. B. §§ 306 b Abs. 2 Nr. 2, 315 Abs. 3 Nr. 1 b, 315 b Abs. 3 StGB -.

⁷² Vgl. auch GEILEN, Spindel-FS, S. 527 ff.; LANGER, JR 1993, 133 ff.; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 29; ROXIN, NStZ 1992, 35 f.

⁷³ BGH(GrS)St. 30, 105; zur Auseinandersetzung vgl. die Nachweise bei JÄHNKE, LK, § 211 Fn. 272; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 2 Fn. 22.

⁷⁴ BGH MDR 1982, 1033

⁷⁵ Vgl. dazu BGH JR 1983, 301; BGH NStZ 1983, 533; BGH NStZ 1995, 231.

⁷⁶ Das aber lehnt der BGH ab, vgl. BGHSt. 42, 304; dazu auch JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 72.

⁷⁷ Vgl. dazu OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 33.

⁷⁸ Vgl. dazu BGH NJW 1999, 1039, 1041 mit Anm. MOMSEN, JR 2000, 29 f, SCHROTH, NStZ 1999, 554 f.; KÜPER, B.T., S. 326.

In der Literatur wird daraus zum einen die Konsequenz gezogen, das Merkmal nicht von der ethischen Verwerflichkeit der Motivation her zu bestimmen, sondern von der Gefährlichkeit des Täters und der besonderen Schutzfunktion des Staates gegenüber Personen, die die Strafverfolgung unterstützen oder zumindest unterstützen können oder deren Tötung der Täter für seine auf die Entziehung vor der Strafverfolgung gerichteten Handlungen einplant oder in Kauf nimmt, weil er bei dem Bemühen, sich der Strafverfolgung zu entziehen, gleichsam »über Leichen geht«⁷⁹.

Fall 24: BGHSt. 41, 358: A hatte den W erstochen. Um die Tat Spuren zu beseitigen, beschloss er, das Haus, in dem die Tat geschehen war, in Brand zu setzen, obwohl er wusste, dass dabei zwei in dem Haus schlafende Frauen zu Tode kommen würden.

BGH: A handelte mit Verdeckungsabsicht. Töten meint hier nicht nur den Tötungserfolg (hinsichtlich eines bestimmten Menschen, der sonst zum Entdecker werden könnte), sondern bezieht sich allgemein auf die Tötungshandlung derart, dass auch jeder sonst durch diese Handlung vorsätzlich getötete Mensch darunter fallen kann, mag von ihm auch keine Entdeckungsfahr ausgehen⁸⁰.

Im konkreten Fall diene die Tat hier letztlich dem Zweck, den Strafanspruch des Staates zu vereiteln. Diese Zweckbestimmung wird hingegen aufgegeben, wenn der Qualifikationsgrund der Verdeckungsabsicht schlicht in der spezifischen Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht durch den Täter gesehen wird⁸¹. Dann handelt mit Verdeckungsabsicht auch der Täter, der »außerstrafrechtliche Konsequenzen« der Vortat vermeiden will, z. B. sich die Beute erhalten will.

Fall 25: BGHSt. 41, 8: A hatte dem M die Lieferung von 5 kg Haschisch versprochen und bereits eine Vorauszahlung von 10.000,- DM erhalten, obwohl er wusste, dass er nicht liefern konnte. Als M auf Lieferung drängte, befürchtete A, der davon ausging, dass M ihn nicht anzeigen würde, Repressalien durch M. Um die Aufdeckung des Betrugs zu verhindern, tötete A daher den M.

⁷⁹ MITSCH, JuS 1996, 217; vgl. auch HEINE, Brauneck-Ehrengabe, 1999, S. 328 f.; KÜPER, JZ 1995, 1158 ff.; LACKNER/KÜHL, § 211 Rdn. 12; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 4 Rdn. 48 f.; RENGIER, B.T. II, § 4 Rdn. 56; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, § 211 Rdn. 31; SOWADA, JZ 2000, 1035 ff.; STRATENWERTH, JZ 1958, 545; WESSELS/HETTINGER, B.T./I, Rdn. 123.

⁸⁰ Zur Auseinandersetzung: FISCHER, NSTZ 1996, 416 ff.; MITSCH, JuS 1997, 788 ff.; OTTO, JK 96, StGB § 211/28; SALIGER, STV 1998, 22 ff.; SCHROEDER, JZ 1996, 688.

⁸¹ Vgl. dazu FUHRMANN, JuS 1963, 19; JÄHNKE, LK, § 211 Rdn. 15; RÜPING, JZ 1979, 620; SALIGER, StV 1998, 19 f.

BGH: »Verdeckungsabsicht verlangt nicht, dass der Täter für den Fall des Bekanntwerdens seiner vorangegangenen Straftat mit Strafverfolgung rechnet, es genügt, dass es ihm um die Vermeidung außerstrafrechtlicher Konsequenzen geht.«

Die Schutzfunktion gegenüber Personen die dadurch in Gefahr geraten, dass der Täter bei dem Versuch, den staatlichen Strafverfolgungsanspruch zu vereiteln »über Leichen geht«, wird hier verlassen. Offen aber bleibt, warum überhaupt die Verdeckung einer Straftat als qualifizierendes Element vorausgesetzt wird, wenn es letztlich allein um den Erhalt von Beute geht. Ob diese aus einer Straftat oder einer sonstigen Tat herrührt, dürfte für eine so weitreichende Differenzierung wenig Bedeutung haben.

Unabhängig von dieser Ausdehnung des Merkmals hat sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung sodann die Auffassung entwickelt, die Verdeckungsabsicht sei ein Unterfall der niedrigen Beweggründe⁸².

Fall 26: BGH NStZ 1999, 243: A tötete zunächst die 13 Jahre alte G und sodann die 14 Jahre alte N. A hatte N zuvor körperlich verletzt und N war Zeugin der Tötung von G gewesen. A wollte die Körperverletzung und auch die Tötung von G durch Tötung der N verdecken.

BGH: »Nach der Rechtsprechung des BGH wird das Verdeckungsmotiv für sich als niedriger Beweggrund gewertet, weil bei ihm in aller Regel eine besonders verwerfliche Gesinnung zutage tritt.«

Damit ist die »spezifische Unrechtsqualität« der Verdeckungsabsicht aufgegeben, obwohl gerade der *1. Strafsenat des BGH*, der die im *Fall 25* herangezogene Entscheidung erlassen hat, zuvor auf die Schwächen der Konstruktion hingewiesen hatte: »In der Tat erscheint bedenklich, das nicht näher bestimmte Merkmal der niedrigen Beweggründe, das an andere benannte Mordqualifikationen anknüpft, seinerseits zur Überprüfung einer benannten Qualifikation - noch dazu aus einer anderen Gruppe - zu benutzen. Die Gesetzesfassung (»sonst aus niedrigen *Beweggründen*«) legt es - umgekehrt - nahe, von den benannten Merkmalen auszugehen und zu prüfen, ob die von ihnen im konkreten Fall nicht erfassten Beweggründe des Täters auf vergleichbar tiefer Stufe stehen.«⁸³

⁸² Vgl. BGHSt. 35, 116, 126 f.; KREY, B.T. I, Rdn. 57. - Zur Auseinandersetzung: HEINE, JR 1990, 299 f.; HOHMANN/MATT, JA 1989, 134 f.; LABER, MDR 1989, 867 ff.; OTTO, JK 88, StGB § 211/16; DERS., JURA 1994, 151 f.; SALIGER, ZStW 109 (1997), 331 ff.; SCHMIDTHÄUSER, NStZ 1989, 55 ff.; TIMPE, NStZ 1989, 70 ff.; WOHLERS, JuS 1990, 20 ff.

⁸³ BGHSt. 41, 358, 361 f. - Vgl. auch BOSCH/SCHINDLER, JURA 2000, 81 ff.

bb) Die andere Straftat

Die Verdeckungsabsicht setzt voraus, dass der Täter die Tötungshandlung vornimmt, um eine *andere* Straftat zu verdecken. Nach Auffassung des BGH kann die Tötungshandlung unmittelbar an die zu verdeckende Straftat anschließen. Als Vortat eines Verdeckungsmordes i. S. d. § 211 Abs. 2 StGB kommt auch ein gegen die körperliche Unversehrtheit gerichtetes Delikt in Betracht. Handelt der Täter allerdings bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer, fehlt eine zu verdeckende Vortat, auch wenn der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich auch deshalb herbeiführen will, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken. Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als eines weiteren Tötungsmotivs macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer andern Tat. Anders ist die Rechtslage hingegen zu beurteilen, wenn zwischen einer (erfolglosen) Tötungshandlung und der erneuten mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen zweiten Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt. Fasst der Täter dann den Entschluss, das (zumindest aus seiner Sicht zunächst überlebende) Opfer auch deshalb zu töten, um die Aufdeckung des versuchten Tötungsdelikts zu verhindern, ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt.

Fall 27: BGH NStZ 2002, 253 mit Anm. *Freund*, JuS 2002, 640 ff., *Otto*, JK 02, StGB § 211/38⁸⁴: A und B gerieten mit R in Streit und schlugen mit einer Eisenstange auf ihn ein. Im Laufe der Auseinandersetzung entschlossen sie sich, ihn zu töten, um die Tat zu verdecken.

1. *Alternative:* Bereits bei den ersten Schlägen handelten A und B mit bedingtem Tötungsvorsatz.

2. *Alternative:* Zunächst schlugen A und B nur mit Körperverletzungsvorsatz auf R ein. Im weiteren Fortgang des Geschehens fassten sie sodann den Tötungsvorsatz, um ihre Tat zu verdecken.

3. *Alternative:* Als A und B annahmen, R sei tot, ließen sie ihn liegen. Später kehrte B, der zunächst nach Hause gegangen war, zum Tatort zurück, und bemerkte, dass R noch röchelte. Nunmehr führte R den Tod des R herbei, um eine Strafanzeige zu verhindern.

BGH: 1. *Alternative:* Es lag eine einheitliche Tötungstat vor. A und B verdeckten daher keine andere Tat.

2. *Alternative:* Als A und B den Entschluss fassten, den R zu töten, trat eine sachliche Zäsur in dem Geschehen ein. Sie verdeckten durch die Tötungstat daher eine andere Tat.

⁸⁴ Vgl. auch BGH NStZ 2003, 259, 260.

3. *Alternative*: Zwischen dem versuchten Totschlag bzw. der vollendeten Körperverletzung durch die ersten Handlungen und den späteren tödlichen Misshandlungen des R durch B lag eine ausreichende zeitliche Zäsur, die es legitimiert, die späteren Misshandlungen als Tötung zur Verdeckung einer anderen Tat anzusehen.

Fall 28: BGH NJW 2001, 763 mit Anm. *Otto*, JK 01, StGB § 211/36. A und B hatten beschlossen, den C zu berauben und anschließend zur Verdeckung des Raubes zu töten. Diesen Plan führten sie aus.

BGH: Verdeckungsmord. - Dass der Mordplan schon zuvor gefasst war und in unmittelbarem Anschluss an den zwar vollendeten, aber noch nicht beendeten Raub ausgeführt wurde, steht der Annahme der Verdeckungsabsicht nicht entgegen.

Nach neuerer Auffassung der Rechtsprechung⁸⁵ ist ein Handeln in Verdeckungsabsicht auch bei einer Tötung durch pflichtwidriges Unterlassen möglich, wenn der Täter als Garant Rettungsmaßnahmen unterlässt, weil diese zur Entdeckung der Straftat führen könnten. In dieser Situation verletzt der Täter seine Handlungspflicht, um die Straftat zu verdecken⁸⁶.

Dass allerdings der Täter nach einer vorsätzlich begangenen zunächst erfolglosen Tötungshandlung einen Verdeckungsmord durch Unterlassen von Rettungshandlungen begehen kann, verneint der 4. Strafsenat des BGH.

Fall 29: BGH NJW 2003, 1060 mit Anm. *Otto*, JK 03, StGB 211/40: Der A misshandelte mit bedingtem Tötungsvorsatz die zur Tatzeit zwei Jahre alte, mit ihm in Hausgemeinschaft lebende Tochter seiner damaligen Lebensgefährtin in derart massiver Weise, dass das Kind später starb. Obwohl er erkannt hatte, dass das schwer verletzte Kind ohne alsbaldige ärztliche Hilfe sterben würde, unterließ er jegliche Rettungsbemühungen.

BGH: »Wer es unterlässt, eine durch vorausgegangenes positives Tun in Gang gesetzte Kausalkette zu unterbrechen, ›begeht‹ keine andere Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, sondern verfolgt lediglich sein ursprüngliches Ziel weiter. Ebenso wenig wie in den Fällen einer weiteren Tötungshandlung kann hier allein das Hinzutreten des weiteren Motivs der Verdeckungsabsicht ein im Übrigen einheitliches Geschehen in zwei Taten aufspalten. Hierbei kann es – anderes als bei aktivem Tun – keinen Unterschied machen, ob zwischen der Tötungshandlung, dem Erkennen der Erforderlichkeit einer Hilfeleistung und dem Ent-

⁸⁵ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung KÜPER, B.T., S. 329

⁸⁶ Str., eingehend zum Streitstand: KÜPER, B.T., S. 329 f.

schluss, zur Verdeckung der Tat oder Täterschaft keine Maßnahmen zur Erfolgsabwendung zu unternehmen, eine zeitliche Zäsur liegt. Denn der Täter, der – wie hier – nur untätig bleibt, führt auch bei Vorliegen einer zeitlichen Zäsur lediglich die ursprünglich gewollte Tat fort, ohne eine neue Kausalkette in Gang zu setzen, die die Annahme einer anderen Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB rechtfertigen könnte. Er unterlässt es vielmehr nur, ... von dem vorausgegangenen (versuchten) Tötungsdelikt zurückzutreten. Dies vermag jedoch nicht schon eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes zu begründen.«

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen, nicht aber in der Begründung. Wäre das Unterlassen des A aufgrund seiner Garantenstellung wirklich ein – weiteres – Tötungsverbrechen, so wäre dieses Unterlassungsdelikt aufgrund der zeitlichen Zäsur *nicht identisch* mit dem Begehungsdelikt. § 13 StGB ermöglicht nur eine *Gleichstellung*.

Gleichwohl ist das Ergebnis des BGB zutreffend, denn es fehlt an einem – weiteren – Tötungsdelikt durch Unterlassen. Die verbrecherische Verwirklichung tatbestandsmäßiger Erfolge durch positives Tun begründet die Strafbarkeit des Begehungstäters, nicht aber eine Rechtspflicht zur Abwendung dieser Erfolge. Der Täter, der vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich einen Erfolg anstrebt oder billigend in Kauf nimmt, ist nicht zugleich verpflichtet, ihn abzuwenden⁸⁷. Deshalb fehlte es hier an einer Verdeckungstat.

IV. Tötung auf Verlangen, § 216 StGB

Zentraler Diskussionsgegenstand im Rahmen des § 216 StGB ist nach wie vor der durch die Stichworte »Sterbehilfe und Patientenautonomie« gekennzeichnete selbständige Problembereich; dazu vgl. aus letzter Zeit: *Achenbach*: Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe, JURA 2002, 542 ff., *Kintzi*: Ärztliche Indikation zur Tötung, DRiZ 2002, 256 ff., *Kutzer*: Maximale Schmerztherapie und ihre Abgrenzung vom Tötungsdelikt, Schlüchter-GedS, 2002, S. 347 ff., *Otto*: Sterbehilfe und Patientenautonomie, Zeitschrift für Lebensrecht, 2002, 42 ff., *ders.*: Die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe, JURA 1999, 434 ff.

Eine Darstellung der Problematik liefe auf eine Wiederholung des bisherigen Strafstands hinaus, der in den genannten Veröffentlichungen umfassend belegt ist.

⁸⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 1996, 331 mit Anm. OTTO, JK 96, StGB § 221/4; ARMIN KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 229; OTTO, Gössel-FS, S. 101 ff.; TAG, JR 1995, 136.- A.A. DENCKER, Stree/Wessels-FS, 1993, S. 180; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 285 f.; JAKOBS, Strafrecht, A.T., 2. Aufl. 1991, 26721; STEIN, JR 1999, 265 ff.

V. Vorarbeiten zur Reform der Tötungsdelikte - Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums vom 21.3.2001

1. Die geplante Neuregelung

Der Arbeitsentwurf sieht im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte drei Regelungspunkte vor. Zum einen soll klargestellt werden, dass das Verhältnis des Totschlags zum Mord als Grund- und Qualifikationstatbestand geregelt ist. Zum anderen werden die Mordmerkmale in ihrer bisherigen Fassung festgeschrieben, jedoch bei der heimtückischen Tötung ein besonderer Strafmilderungsgrund eingeführt, der in außergewöhnlichen Fällen statt lebenslanger Freiheitsstrafe zeitige Freiheitsstrafe nicht unter fünf (bis zu fünfzehn) Jahren zulässt. Schließlich wird die Strafzumessungsvorschrift für schwere Fälle des Totschlags dahingehend neugefasst, dass § 213 StGB aufgehoben und der Tatbestand des Totschlags um eine Regelung für minder schwere Fälle ergänzt wird.

2. Zur Beurteilung der Neuregelung

a) Das Verhältnis des Totschlags zum Mord

Die Regelung des Verhältnisses von Totschlag und Mord als Grund- und Qualifikationstatbestand ist vorbehaltlos zu begrüßen. Die Ungereimtheiten in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung werden damit beendet.

b) Die Aufhebung des § 213 StGB

Da – insbesondere aufgrund der Definition der Heimtücke durch die höchstrichterliche Rechtsprechung – schon geringe Sachverhaltsvarianten darüber entscheiden können, ob die Mindeststrafe bei 1 Jahr liegt (§ 213 StGB) oder lebenslang (§ 211 StGB) ist, sah die Praxis sich zu einer vorsichtigen und restriktiven Interpretation des § 213, 1.Alt. StGB veranlasst. Die 2. Alternative erschien ihr als das geeignetere Instrument für eine an den Strafzwecken orientierte Strafzumessungspraxis zu sein⁸⁸. Die hier begründete Problematik hätte sich verschärft, wenn § 213, 1.Alt. StGB als Privilegierungstatbestand zu § 212 StGB angesehen würde und das Verhältnis des Totschlags zum Mord als Grund- und Qualifikationstatbestand klargestellt worden wäre. – Zwar hätte eine konsequente Interpretation der Mordmerkmale als Qualifikationen, in denen eine sozialetisch besonders unerträgliche, weil gefährliche

⁸⁸ Vgl. dazu BGHSt. 34, 37, 39; BGH StV 1990, 204; BGH NStZ 1998, 84; JÄHNKE, LK, § 213 Rdn. 1; MAATZ, Salger-FS, S. 96.

Gesinnung zum Ausdruck kommt, diese Problematik beseitigt, da sich dann § 211 StGB und § 213 StGB ausgeschlossen hätten⁸⁹. Nachdem jedoch eine Neuregelung der Mordqualifikationen nicht vorgesehen ist, erscheint die gewählte Regelung aus der Sicht der Praxis durchaus konsequent.

c) *Die Neuregelung des Mordtatbestandes*

Die Neuregelung des Mordtatbestandes kann nicht als Reform dieses Tatbestandes angesehen werden. Der Gesetzgeber segnet lediglich die Strafmilderungslösung des *Großen Senats des BGB in Strafsachen* im Rahmen des Heimtückemords ab, da diese Regelung mit dem bisherigen Gesetzeswortlaut nicht in Einklang stand.

3. Die Regelungen im Einzelnen:

- a) § 211 wird aufgehoben.
- b) § 212 wird wie folgt gefasst:

»§ 212

Totschlag

(1) Wer einen anderen Mensch tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.«

- c) § 213 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

»§ 213

Mord

(1) Wer einen anderen Menschen

1. aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

2. heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

3. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, tötet, wird mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft.

⁸⁹ Vgl. dazu BERNSMANN, JZ 1983, 49 ff.; OTTO, Grundkurs Strafrecht, B.T., § 5 Rdn. 15 in Verb. Mit § 2 Rdn. 20 ff.; RIESS, NJW 1968, 630.

(2) Liegen bei einer heimtückischen Tötung besondere Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen.«

d) § 214 erhält den Wortlaut des bisherigen § 216.

3. Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer - GA 2008, Seite 193-270 (Günter *Heine*, Frank *Höpfel*, Barbara *Huber*, Heike *Jung*, Dunja *Lautenschläger*, Hans *Lilie*, Bernd-Dieter *Meier*, Rudolf *Rengier*, Franz *Riklin*, Klaus *Rolinski*, Henning *Radtke*, Peter *Rieß*, Claus *Roxin*, Heinz *Schöch*, Hans-Ludwig *Schreiber*, Horst *Schüler-Springorum*, Torsten *Verrel*)

A. Einleitung

Die heutige Fassung der Tötungsdelikte geht im Wesentlichen auf eine Gesetzesnovelle des RStGB von 1941 zurück und ist im Zusammenhang mit der damals herrschenden Sichtweise vom „Tätertyp“ zu sehen. Nur damit ist der für das gesamte StGB ungewöhnliche und abzulehnende Wortlaut „Mörder“ und „Totschläger“ zu erklären.

Die derzeitige Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte ist mit gravierenden Mängeln behaftet, die von der Rechtsprechung bislang nicht befriedigend bereinigt werden konnten. Daher besteht über die Reformbedürftigkeit dieser Deliktsgruppe weitestgehend Einigkeit. Schon der 53. Deutsche Juristentag 1980 hat eine grundlegende, auf dem Prinzip der Gefährlichkeit basierende Totalrevision der Tötungsdelikte empfohlen. Auf die Notwendigkeit einer Neuregelung hat auch der Gesetzgeber bereits mehrfach hingewiesen und zuletzt mit dem Arbeitspapier des Bundesjustizministeriums im Jahre 2001 einen Vorstoß zu einer Reform der Tötungsdelikte gewagt.

Die heutige drei- bzw. vierstufige Konzeption der Tötungsdelikte ist von wesentlichen Schwächen sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite geprägt.

Den grundlegenden Mangel bildet hierbei die Sanktionskluft zwischen Mord und den übrigen vorsätzlichen Tötungsdelikten, ohne einen diesen „Quantensprung“ legitimierenden Unterschied zwischen Unrecht und Schuld aufzuweisen. Nach der derzeitigen gesetzlichen Konzeption wird, wenn auch nur ein Mordmerkmal vorliegt zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht. Dem steht der Strafraum des § 212 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren gegenüber, in minder schweren Fällen sogar nur von einem bis zu zehn Jahren, § 213 StGB.

Diese Divergenz der Rechtsfolgen wird dadurch verstärkt, dass jegliche spezifische Milderungsmöglichkeit fehlt, sobald auch nur ein einziges Mordmerkmal verwirklicht ist. Ein zentrales Defizit der gegenwärtigen Rechtslage ist daher darin zu sehen, dass § 213 StGB in seiner Anwendung auf § 212 StGB beschränkt ist. Durch diese sog. Sperrwirkung entstehen Systembrüche, die kaum zu begründen sind. Genau jene Milderungsgründe, die bei § 212 StGB greifen sollen, sollen hinsichtlich des § 211 von vorneherein ausscheiden. Das kann zu einer weit auseinanderklaffenden Schere bei der Strafraumenbildung führen, wenn eben der konkrete Sachverhalt gerade auf die Anwendung von Milderungsgründen drängt, aber der Weg in den § 213 StGB verschlossen bleibt, weil ein Mordmerkmal verwirklicht worden ist.

Darüber hinaus rückt die konträre Ausgestaltung der beiden Alternativen des § 213 StGB diese Strafraumdivergenz in ein zweifelhaftes Licht. Während die Voraussetzungen der „Provokationsalternative“ nahezu tatbestandsähnlich umschrieben sind, wartet die zweite Alternative mit einer ufer- bzw. konturenlosen Generalklausel auf. Dies ist umso bedenklicher, als sich auf einer derart unbestimmten und unberechenbaren Privilegierungsgrundlage eine Absenkung des Strafraums - bis zur Untergrenze von einem Jahr - und damit eine im Normalfall höchst bedenkliche Bagatellisierung des (vorsätzlichen!) Tötungsdelikts entwickeln kann.

Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen für Mord einerseits und sonstige vorsätzliche Tötungen andererseits werden in der Regel nicht durch eine entsprechende Divergenz im Unrechtsgehalt der Tat legitimiert. Der gemeinsame Unrechtskern aller Tötungsdelikte, nämlich die Vernichtung menschlichen Lebens, weist in der Konzeption des geltenden Rechts per se das höchste weder qualifizierbare noch quantifizierbare Erfolgsunrecht auf und lässt für Steigerungen praktisch keinen Raum.

Eine Abmilderung des aufgezeigten Sanktionssprunges konnte auch nicht durch den mit dem 20. StrÄndG im Jahr 1981 eingefügten § 57 a StGB erreicht werden.

Theoretisch soll die Sanktionskluff zwischen Mord und Totschlag auch durch die in § 212 II StGB vorgesehene Möglichkeit, in besonders schweren Fällen des Totschlags auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen, relativiert werden. Jedoch steht diese Vorschrift in der Praxis am Rande der Bedeutungslosigkeit, weil der BGH verlangt, dass ganz besondere schulderhöhende Momente vorliegen müssen, um die Vorschrift anwenden zu können. Vor dem Hintergrund der bereits bei der trichterlichen Auslegung der Mordmerkmale bestehen-

den Schwierigkeiten erscheint es nicht verwunderlich, dass diese Feststellung in der tatrichterlichen Praxis größte Probleme bereitet.

Mit der Sanktionskluft sind gravierende konzeptionelle Schwächen des § 211 StGB verbunden. Zu nennen ist zunächst der von § 211 StGB vorgegebene Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge, d.h. die absolute Strafandrohung, wenn auch nur ein Mordmerkmal vorliegt. Diese Koppelung kollidiert mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip, wonach Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen müssen. Diesem Prinzip würde der Mordtatbestand nur dann genügen, wenn die darin zusammengefassten Qualifikationsmerkmale so beschaffen wären, dass mit ihnen alle höchststrafwürdigen Tötungen – aber auch nur diese – tatsächlich erfasst würden. Dies ist jedoch mit der derzeitigen Fassung des § 211 StGB nach verbreitetem Verständnis gerade nicht gelungen. Im Einzelnen sei in diesem Zusammenhang nur hingewiesen auf die vieldiskutierten Kritikpunkte der mangelnden Bestimmtheit etwa bei den niedrigen Beweggründen, der Rigidität des Mordmerkmals Heimtücke, der Nichterfassung sonstiger besonders schwerer Fälle sowie der fehlenden Möglichkeit, mildernde Faktoren, wie etwa die heimtückische Tötung aus Not oder Mitleid, berücksichtigen zu können.

Weil ein konziser Maßstab für die Höchststrafwürdigkeit von Tötungen nicht entwickelt werden konnte, hat gerade auch das Fehlen eines verbindlichen Leitprinzips eine sinnvolle Interpretation der Mordmerkmale verhindert. Letztendlich wurde so die Herausbildung einer Einzelfallkasuistik begünstigt, die der Berechenbarkeit und damit der Rechtssicherheit sowie der Einzelfallgerechtigkeit abträglich ist und zudem zu einer geringen Revisionsfestigkeit führt. Wie Albin Eser bereits in seinem Gutachten zum 53. DJT 1980 dargestellt hat, geht die einseitig auf formale Rechtssicherheit ausgerichtete Präferenz des § 211 StGB für generalpräventiv pauschalen, rein tatorientierten Schuldausgleich zu Lasten spezialpräventiver, auch die Täterpersönlichkeit berücksichtigender Einzelfallgerechtigkeit und gewährt ihr absoluten Vorrang vor der materiellen Einzelfallgerechtigkeit. Dadurch kommt es zu einem zu stark tatorientierten Schuldausgleich. Die spezialpräventiven Aspekte treten zurück, die Täterpersönlichkeit findet keine Berücksichtigung mehr.

Aus diesen Tatsachen resultieren die von der Rechtsprechung entwickelten Umgehungsstrategien, wenn im konkreten Einzelfall eines der Mordmerkmale vorliegt und die zwingende Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe gleichwohl als ungerecht empfunden wird.

Durch uneinheitliche Interpretationen der Mordmerkmale, durch die vom Großen Senat des BGH für Fälle der heimtückischen Tötung entwickelte Rechtsfolgenlösung sowie durch eine tatrichterliche Verbiegung der Regeln des Allgemeinen Teils versucht die Rechtsprechung, im Grunde seit der Badewannenentscheidung des Reichsgerichts 1940, die absolute Strafe des § 211 StGB zu unterlaufen. Hinzu kommt die richterrechtliche Tendenz, durch besondere Anforderungen an die subjektive Tatseite, wie etwa durch das Erfordernis des Ausnutzungsbewusstseins bei der Heimtücke oder der rohen, gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung bei dem Mordmerkmal „grausam“, die Reichweite von § 211 StGB einzugrenzen.

Tatrichter erreichen oftmals mittels einer sehr weiten Zubilligung verminderter Schuldfähigkeit die Kooperation von Angeklagten und Verteidigung. Hierdurch werden Absprachen über Strafrahmen bei § 211 StGB möglich, welche die Revisionsrichter empören. Auch wenn Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe eine Rolle spielen können, bietet sich den Strafkammern ein weiter Spielraum für Feststellungen, die der Überprüfung des Revisionsrichters entzogen bleiben und so zur Vermeidung der lebenslangen Freiheitsstrafe als Umgehungsstrategie aktiviert werden. Bei der Notwehr sind es häufig die Kriterien der Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehrhandlung, die weite Spielräume eröffnen. Dass die Anwendung derartiger Umgehungsstrategien nicht auf extreme Ausnahmefälle beschränkt ist, zeigt ein Blick auf die Verfahrenswirklichkeit, soweit sie veröffentlicht ist.

Insgesamt ist es der Rechtsprechung bislang nicht gelungen, die geltende Konzeption der Tötungsdelikte einer befriedigenden, sowohl der Rechtssicherheit als auch der Einzelfallgerechtigkeit dienenden Lösung zuzuführen. Die hohe Variabilität der Tötungsdelikte sperrt sich dagegen, absolut in Klassen oder Typen gezwängt zu werden. Wie bei kaum einer anderen Deliktgruppe zeigt sich eine über fünfzig und mehr Jahre anhaltende gesetzgeberische Resistenz gegen jegliche Korrektur aller Mordmerkmale. Umso drängender ist die Frage, ob und welchen Mordmerkmalen es heute überhaupt noch gelingen kann, typisierendes und strafschärfendes Unrecht zutreffend zu erfassen.

Dabei scheiterten bislang alle Reformvorhaben bei den Tötungsdelikten weniger an in der Praxis umsetzbaren Vorschlägen. Vielmehr wurde aus dem politischen Umfeld die Zurückhaltung damit begründet, dass Veränderungen insbesondere beim Mord am Tatbestand und bei der Rechtsfolge vor dem Hintergrund der Verjährungsvorschriften und der absoluten Strafandrohung als falsches Signal angesehen würden, solange das Unrecht der Nationalsozialisten noch nicht vergolten sei und Strafrahmenverschiebungen als Privilegierung solcher Täter mißgedeutet werden könnten. Auch der jüngste Vorstoß der Bundesregierung zur Re-

form der Tötungsdelikte verlief daher im tiefen Sande eines nur schwer zu konkretisierenden Widerstandes. Jede Reform der Tötungsdelikte ist unauflösbar und im Gegensatz zu anderen Deliktgruppen mit dem fehlenden Spielraum des Trichters bei der Form der Sanktion verknüpft.

Deswegen legt der Arbeitskreis folgenden Vorschlag vor:

- Der Entwurf verbessert den Schutz menschlichen Lebens erheblich, indem er auf der Basis eines auf Prävention ausgerichteten Fundaments europäische Rahmenbedingungen berücksichtigt. Dadurch wird die Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen im europäischen Kontext erleichtert.
- Im europäischen Konsens wird ein zweistufiges Modell mit drei Strafrahmen auf der Rechtsfolgenseite vorgeschlagen. Dadurch sollen sowohl die Rechtssicherheit gewährleistet als auch die Einzelfallgerechtigkeit gewahrt werden.
- Der Arbeitskreis ordnet die Systematik der Tötungsdelikte neu und löst sich endgültig von den Tätertypen des Mörders und des Totschlägers. Jede nicht schuldgeminderte vorsätzliche Tötung wird als Mord behandelt. Den internationalen Trends folgend bezeichnet Mord nicht mehr nur die tatbestandlich von einem Grundtatbestand abgehobene Höchststufe besonders schwerer Fälle der Tötungen. Gegenüber der geltenden gesetzlichen Regelung bleibt als Totschlag nur noch eine spezifisch schuldgeminderte Tötung. Das Leben erlangt so die gebotene herausgehobene Stellung bei den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern, weil der Entwurf die bisherige Unterbewertung des Rechtsguts Leben revidiert.
- Zwar wird auf die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht verzichtet, jedoch deren Vollzug durch abgestufte Strafrahmen für die Vollstreckung (15 bzw. 20 Jahre) ersetzt. In Anlehnung an die modernen europäischen Entwicklungen hält der Arbeitskreis eine zwanzig Jahre übersteigende Vollzugsdauer aus Schuldewägungen nicht mehr für gerechtfertigt. Ein länger andauernder Vollzug kann allein auf den Gedanken der Rückfallprävention gestützt werden. Als zweiten zentralen Vorschlag zu den Rechtsfolgen der vorsätzlichen Tötungsdelikte schafft der Arbeitskreis deshalb die Schuldschwereklausel ab.

- Das Konzept balanciert Gesetzlichkeitsprinzip und richterliche Freiheit, indem den Mordmerkmalen ein gesetzliches Leitprinzip vorangestellt wird, das eine unrechtserhöhende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit zugrunde legt.
- Die Mordmerkmale ähneln Regelbeispielen mit den Besonderheiten, dass sie immer an dem Leitprinzip der Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu messen sind und „lebenslang“ nicht verhängt werden darf, wenn ein benanntes Regelmerkmal nicht erfüllt ist. Der Entwurf führt so zu einem restriktiveren Strafausspruch „lebenslang“. So soll das Gesetzlichkeitsprinzip entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben auch bei der höchsten Strafe gestärkt werden. Die neuen Bedrohungsformen des 21. Jahrhunderts werden berücksichtigt, weil etwa Tötungen auch innerhalb eines organisierten Netzwerkes erfasst werden.
- Mit dem neu formulierten Totschlagstatbestand wird kriminologisch fundiert vor dem Hintergrund affekt- und konfliktgeladener vorsätzlicher Tötungen schuld- und präventionsorientiert differenziert. In Fällen der privilegierten Tötung, bei denen sich in einem konfliktbedingten Affekt eine typische Unrechts- und Schuldinderung niederschlägt, fehlt es an der Bedrohung der Lebenssicherheit. Durch Stärkung des Gesetzlichkeitsprinzips werden privilegierte Tötungen eingeschränkt, wodurch der Lebensschutz insgesamt verbessert wird.
- Der Entwurf schließt die notwendigen Änderungen bei den erfolgsqualifizierten Delikten mit ein und begrenzt die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf vorsätzliche Tötungsdelikte.
- Zusammen mit dem Gesetzgebungsvorschlag zur Regelung der Sterbebegleitung (§§ 214 – 216 AE-StB) legt der Arbeitskreis damit einen Änderungsvorschlag vor, der, mit Ausnahme der Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB) und zur Aussetzung (§ 221 StGB), nahezu den gesamten Bereich der im Sechzehnten Abschnitt des StGB geregelten vorsätzlichen Straftaten gegen das Leben erfasst. Damit wendet sich der vorgelegte Gesetzesentwurf gegen die verfehlte Programmatik des geltenden Rechts, einschließlich der richterrechtlichen Weiterentwicklungen, die in einer permanenten Nachbesserung nur die Symptomen zu kurieren versucht und dadurch zahllose Ungereimtheiten erzeugt haben.

Der Gesetzgebungsvorschlag beschränkt sich dabei auf Regelungen des StGB und lässt die Tötungsdelikte des innerstaatlichen Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) im Wesentlichen unberührt.

Zusammenfassend wird durch die hier vorgeschlagene Neukonzeption der Tötungsdelikte dem strafrechtlichen Schutz des menschlichen Lebens, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit sowie der Einzelfallgerechtigkeit in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung getragen. Die im Ansatz zweistufige Einteilung der Tötungsdelikte verbunden mit drei Strafraumen ermöglicht eine flexible Bestrafung der unterschiedlichsten Formen vorsätzlicher Tötungen und berücksichtigt das Vorliegen sowohl von Milderungs- als auch von Erschwerungsgründen ausgleichend.

B. Gesetzestext – Alternativ-Entwurf Leben

Änderungen des Strafgesetzbuches

§ 211 Mord

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist. Dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend, dass der Täter

1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet,
2. in bandenmäßigem Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerkes, deren Tätigkeit Gewalttaten zum Gegenstand hat, tötet,
3. einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung tötet,
4. das Opfer nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen tötet,
5. die Tat um des Tötens willen durchführt,

6. zum Zwecke der sexuellen Erregung tötet,
7. zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat tötet oder
8. im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen tötet.

§ 212 Totschlag

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft, wenn er

1. aus Verzweiflung oder aus Mitleid mit dem Opfer handelt, um sich oder eine ihm nahe stehende Person aus einer ihm ausweglos erscheinenden und allgemein begreiflichen Konfliktlage zu befreien,
2. durch eine erhebliche Straftat des Getöteten, die gegen Leben, Leib oder Freiheit des Täters oder einer ihm nahe stehenden Person gerichtet war, unter dem bestimmenden Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung, deren Beherrschung von ihm nicht erwartet werden konnte, zur Tat motiviert worden ist oder
3. durch eine vergleichbare Konfliktlage zur Tötung bestimmt worden ist.

(2) Treffen die Voraussetzungen von Absatz 1 und § 211 Abs. 2 zusammen, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu erkennen.

§ 213 wird aufgehoben.

§ 214 Beenden oder Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen

(1) Wer lebenserhaltende Maßnahmen begrenzt, beendet oder unterlässt, handelt nicht rechtswidrig, wenn

1. der Betroffene dies ausdrücklich und ernstlich verlangt oder
2. der Betroffene dies in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit angeordnet hat oder
3. der Betroffene nach ärztlicher Erkenntnis zu einer Erklärung über Aufnahme oder Fortführung der Behandlung außerstande ist und aufgrund verlässlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass er im Hinblick auf Art, Dauer und Verlauf seiner Erkrankung diese Behandlung ablehnen würde, oder

4. bei nahe bevorstehendem Tod im Hinblick auf den Leidenszustand des Betroffenen und die Aussichtslosigkeit einer Heilbehandlung die Aufnahme oder Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen nach ärztlicher Erkenntnis nicht mehr angezeigt ist.

(2) Absatz 1 gilt auch für den Fall, dass der Zustand des Betroffenen auf einem freiverantwortlichen Selbsttötungsversuch beruht.

§ 214a Leidensmindernde Maßnahmen

Wer als Arzt oder mit ärztlicher Ermächtigung bei einem tödlich Kranken mit dessen ausdrücklicher Einwilligung oder aufgrund des in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung geäußerten Willens oder gemäß mutmaßlicher Einwilligung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft Maßnahmen zur Linderung schwerer, anders nicht zu behebender Leidenszustände trifft, handelt, wenn dadurch als nicht vermeidbare und nicht beabsichtigte Nebenwirkung der Eintritt des Todes beschleunigt wird, nicht rechtswidrig.

§ 215 Nichthinderung einer Selbsttötung

(1) Wer es unterlässt, die Selbsttötung eines anderen zu hindern oder einen anderen nach einem Selbsttötungsversuch zu retten, handelt nicht rechtswidrig, wenn die Selbsttötung auf einer freiverantwortlichen und ernstlichen, ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen erkennbaren Entscheidung beruht.

(2) Von einer solchen Entscheidung darf insbesondere nicht ausgegangen werden, wenn der andere noch nicht 18 Jahre alt ist oder wenn seine freie Willensbestimmung entsprechend §§ 20, 21 StGB beeinträchtigt ist.

(3) Sofern die Ausschlussgründe des Absatzes 2 nicht vorliegen, ist auch bei einem tödlich Kranken eine freiverantwortliche Selbsttötung nicht ausgeschlossen.

§ 215a Gewinnsüchtige Unterstützung einer Selbsttötung

Wer die Selbsttötung eines anderen aus Gewinnsucht unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 216 Tötung auf Verlangen (unverändert)

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 57a Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe

(1) Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn

1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind und
2. die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 vorliegen.

Ist der Verurteilte wegen einer Tat nach § 211 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 2 oder 3 verurteilt worden, darf die Aussetzung erst nach einer Mindestverbüßungsdauer von zwanzig Jahren erfolgen. § 57 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 gilt entsprechend.

(2) bis (4) unverändert.

§ 57b StGB wird aufgehoben.

Erfolgsqualifizierte Delikte

- § 238 Abs. 3 wird aufgehoben.
- In § 221 Abs. 3, § 227 Abs. 1, § 235 Abs. 5, § 239 Abs. 4, § 312 Abs. 4, § 318 Abs. 4, § 330 Abs. 2 Nr. 2 und § 330a Abs. 2 werden jeweils vor den Worten „den Tod“ die Worte „wenigstens leichtfertig“ eingefügt.
- In den §§ 176b, 178, 239a Abs. 3, §§ 251, 306c, 308 Abs. 3, § 309 Abs. 4, § 316a Abs. 3 und § 316c Abs. 3 werden jeweils die Worte „lebenslange Freiheitsstrafe oder“ gestri-

chen und es wird jeweils als Satz 2 angefügt: „In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren“.

- In § 307 Abs. 3 Nr. 1 werden die Worte „lebenslange Freiheitsstrafe oder“ gestrichen und ein Komma und die Worte „in minder schweren Fällen Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren“ angefügt.

C. Begründung: Allgemeiner Teil – Gesamtkonzeption

I. Grundmängel des geltenden Rechts

Die Architektur der Tötungsdelikte ist von Grund auf reformbedürftig. Im europäischen Vergleich gehört Deutschland bei den Tötungstatbeständen zu jenen Ländern, die besonders weit von einer möglichen gemeinschaftsrechtlichen „Mittellinie“ entfernt sind und die sich mit Blick auf eine längerfristige europäische Annäherung am meisten verändern müssen. Die Kombination der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe mit vielfach starren Mordmerkmalen, z.B. Heimtücke oder Straftatverdeckung, birgt das Risiko ungerechter Entscheidungen in sich, und das gesamte System von eher eng gefassten Qualifikations- und Privilegierungsmerkmalen der Tötungsstraftatbestände einerseits und gegebenenfalls weiten Ermessensspielräumen bei der Strafzumessung und der Strafvollstreckung andererseits wirkt aus europäischer Sicht intransparent und wenig vertrauensbildend, zumal eine vertiefte Rechtstatsachenforschung zu dem Befund kommt, dass in Deutschland „die eigentliche Tatumwertgraduierung und Strafzumessung sich in einer nicht wirklich offen gelegten richterrechtlichen Parallelwelt vollzieht.“

In der Tat konterkarieren gerade auch aus der maßgebenden Binnenperspektive tatrichterliche Verbiegungen der Regelungen des Allgemeinen Teils des StGB, wie etwa die großzügige Zubilligung von §§ 20, 21 StGB oder von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, nicht bloß das Gesetzmäßigkeitsprinzip, den Bestimmtheitsgrundsatz und allgemein die Rechtssicherheit; ein schwer kontrollierbares instanzgerichtliches Schattenrechtssystem ist geeignet, das ansonsten prinzipiell ausgefeilte deutsche Strafrechtssystem mit seinen checks and balances in Misskredit zu bringen und zudem problematische Weiterungen bei den Prinzipien des Allgemeinen Teils zu zeitigen. Auch wenn auf diese unterschwellige Wei-

se in der größeren Zahl der Fälle Strafen verhängt werden, die dem Einzelfall gerecht zu werden scheinen und die sich im europäischen Vergleich in einem mittleren Bereich einordnen lassen, und auch wenn von praktischen Entscheidungsträgern innerhalb des Systems, versiert im Zusammenspiel von formellen Erfordernissen und informellen Möglichkeiten, ein Reformbedarf gelegentlich in Abrede gestellt wird, so ist aus übergeordneten Gründen eine Neukonzeption unabdingbar – was überwiegend konsentiert und seit Jahren erwartet wird.

Die aktuellen Missstände haben eine ihrer Ursachen in der Novelle von 1941, auf der die §§ 211 ff. StGB beruhen. Dahinter stand eine kriminalpolitische Konzeption, die irrationale Strafbedürfnisse zum Anlass der höchsten Strafdrohung nahm. Solchermaßen aufgeladenen Mordmerkmalen fehlt erstens ein rationaler Maßstab, der es ermöglicht, besonders strafwürdige Tötungsfälle gesetzlich zu klassifizieren. Zweitens verhindert der (partielle) Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus, wonach Mordmerkmale im Prinzip exklusiv zu verstehen und dazu hin zwingend mit der Absolutheit lebenslanger Freiheitsstrafe gekoppelt sind, gesetzliche Strafen, die dem Einzelfall gerecht werden – oder er begünstigt, wie gesehen, die Legitimation eines Schattenrechtssystems, das seine informellen Kanäle sucht und findet. Beides ist genügend Anlass für eine abwägende Reform. Drittens verbleibt eine Sanktionierungskluft zwischen dem mit prinzipiell absoluter lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Mordtatbestand und dem bis auf ein Jahr Freiheitsstrafe privilegierbaren Totschlagstatbestand.

An diesen Grundmängeln konnten weder Gesetzgebung durch Einfügung des § 57a StGB noch die Rechtsprechung des BGH Entscheidendes ändern. Im Gegenteil – der Schlingerkurs des BGH etwa bei dem Mordmerkmal Verdeckungsabsicht, offenbar dem Prinzip des „trial and error“ verpflichtet, ist eindrucklicher Beleg für die Notwendigkeit eines klaren Leitprinzips. Und § 57 a StGB wirft letztlich mehr Fragen auf, als er löst, vor allem diejenige nach den Voraussetzungen für die besondere Schwere der Schuld, ein Aussetzungshindernis, das ebenfalls mangels ausreichender Kontrollierbarkeit ungleiche Rechtsanwendung begünstigt.

II. Neukonzeption

1. Zweistufiges Modell mit drei Strafrahmen

Der Sanktionierungskluft des geltenden Rechts ist an Stelle des geltenden Drei-Stufen-Modells (§ 211 Mord, § 212 Totschlag, § 213 minder schwerer Fall des Totschlags) durch ein

im Ansatz zweistufiges Modell entgegenzutreten, das zwischen nicht-privilegierter (Mord) und privilegierter Tötung (Totschlag) unterscheidet. Im Ausgangspunkt folgt der AE den Empfehlungen des DJT 1980, die auf dem Gutachten von Albin Eser, und dem noch älteren § 100 AE 1970 aufbauen. Leitbild ist eine kriminologisch fundierte und schuld- und präventionsorientierte Differenzierung zwischen schwerer und weniger schwerer vorsätzlicher Tötung. Dieser Grundunterscheidung wird auch in vielen modernen Strafgesetzbüchern Europas gefolgt, so insbesondere in Österreich, Schweden, Frankreich und der common law Regelung in England und Wales.

Diese Grundunterscheidung und ihr internationaler Trend sind freilich nicht überzubewerten. Denn die Konzeption muss eine angemessene Antwort auf nationale Sachfragen bieten. Zudem sind nationale Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. So zeigt etwa das Beispiel des österreichischen Programms, einem „reinen“ Zweistufigkeitsmodell verpflichtet (§ 75 öStGB Mord, § 76 öStGB Totschlag), dass Differenzierungen ausschließlich auf der Ebene der Strafzumessung stattfinden. Dabei lassen sich nach einer Analyse der Rechtsprechung als erschwerende Faktoren vor allem mehrfache Begehung, besondere Brutalität der Tat oder besondere Qualen für das Opfer festmachen. Eine solche gesetzlich kaum geleitete Rechtsschöpfung durch die Gerichte ist aus deutscher Sicht - historisch geprägt durch eine Stärkung des Gesetzlichkeitsprinzips und der Gewaltenteilung - nicht ohne weiteres akzeptabel. Diese Bedenken werden zusätzlich dadurch genährt, dass vertiefende Forschung für Österreich eine im europäischen Vergleich sehr hohe Streubreite bei den Sanktionsprognosen belegt – trotz jener richterlichen Fallgruppen des OGH und ungeachtet einer traditionell relativ intensiven Kontrollmöglichkeit durch das österreichische Rechtsmittelgericht. Dass umgekehrt auch bei gesetzlich vorgegebenem dreistufigem Modell extra portas einer Zweistufigkeit als richterlichem Denkmodell gefolgt wird, zeigt das Beispiel Schweiz. Mord entfällt im Rahmen einer Gesamtwürdigung dann, wenn das Tatmotiv entschuldigbar und nicht krass egoistisch ist.

Für Deutschland sind zur Lösung der anstehenden Sachfragen folgende Schlussfolgerungen zu ziehen:

- Das im Ansatz zweistufige Modell ist erstens weiter zu differenzieren und zweitens unter ein Leitprinzip zu stellen.

- Einer Unterbewertung des Rechtsguts Leben wird dadurch vorgebeugt, dass, entsprechend dem im Ansatz zweistufigen Modell und dem internationalen Trend, der Bereich der Tötungsfälle, die als Mord einzustufen sind, im Vergleich erweitert wird. „Mord“ ist nicht mehr nur die tatbestandlich von einem „mittelschweren“ Grundtatbestand abgehobene Oberstufe, sondern jede nicht schuldgeminderte vorsätzliche Tötung, während als „Totschlag“ erst eine spezifisch schuldgeminderte Tötung erfasst wird. Dadurch erfährt der Rechtswert Leben die gebotene herausgehobene Stellung bei den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern, wobei es sich dringlich empfiehlt, bei einer gebotenen Neuordnung des Besonderen Teils des StGB den strafrechtlichen Lebensschutz an die erste Stelle zu setzen, wie dies in neuerer Zeit etwa auch in Frankreich geschehen ist.

2. Rechtsfolgen: lebenslange Freiheitsstrafe – neue Vollstreckungsaussetzung – zeitige Freiheitsstrafe

Die Sanktionierungskluft des geltenden Rechts wird vor allem dadurch entschärft, dass für Mord als nichtprivilegierte vorsätzliche Tötung der untere Strafrahmen auf fünf Jahre festgesetzt wird. Regelrechtsfolge bei dem neu gestalteten Mord ist, wie in vielen anderen Ländern auch, so etwa in Österreich, der Schweiz, der Niederlanden, Portugal, Spanien, Schweden und Dänemark, eine zeitige Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren.

Anders als der Gesetzgebung in Spanien, Norwegen, Portugal, Slowenien, Spanien und Zypern und einem vorsichtigen Trend der EG-Kommission entsprechend, konnten sich die Mitglieder des Arbeitskreises ganz überwiegend nicht dazu entschließen, auf die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe zu verzichten. Sie waren der Überzeugung, dass andernfalls kriminalpolitisch der Druck auf die Ausweitung von Sicherungsverwahrung wächst (wie etwa das Beispiel Spaniens zeigt), auch dürfte gegenwärtig der Verzicht auf „lebenslang“ rechtspolitisch in der Bevölkerung als falsches Signal verstanden werden. Ungeachtet der dogmatischen Bedenken gegen diese Strafform in einem Schuldkerntafrecht wird deshalb bei „Mord“ unter bestimmten, gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen weiterhin die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht. Der AE befindet sich dabei in Übereinstimmung etwa mit Österreich, der Schweiz, Frankreich, den Niederlanden, Schweden, Dänemark und Polen.

Freilich findet der missglückte § 57a StGB keine Zustimmung. Seine strukturellen Schwächen, die sich insbesondere in der fehlenden numerischen Festsetzung der effektiv zu ver-

büßenden Strafe durch das Tatgericht und damit einer Annäherung an die unbestimmte Sicherungsverwahrung sowie in der Feststellung der besonders schweren Schuld aufgrund einer Gesamtwürdigung ohne gesetzliche Vorgaben mit der Gesamtkonsequenz fast richterlicher Beliebigkeit und folglich unterschiedlicher Länderpraxis zeigen, werden durch eine neue Vollstreckungsvorschrift gelöst, die eine (voraussetzungsgebundene) Regelaussetzung nach 15 bzw. 20 Jahren vorsieht. Im Ergebnis bedeutet dies einen weitgehenden Verzicht auf die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

Während § 211 AE die Konstellationen höchststrafwürdiger vorsätzlicher Tötungen nach oben hin abschließend erfasst, normiert § 212 AE als Regelung des Totschlags innerhalb des zweistufigen Systems der vorsätzlichen Tötungsdelikte diejenigen weniger schwer wiegenden Fälle, die aufgrund eines geminderten Unrechts- oder Schuldgehaltes privilegierungswürdig und mangels erhöhten Präventionsbedürfnisses nicht privilegierungsbedürftig sind. Die vorgeschlagene Regelung über den Totschlag baut auf der grundsätzlichen Entscheidung für eine schuld- und präventionsorientierte Differenzierung verschiedener vorsätzlicher Tötungen auf. In Übereinstimmung mit dem bereits von Albin Eser in seinem Gutachten für den 53. DJT unterbreiteten Vorschlag, privilegiert § 212 AE ausschließlich affekt- und konfliktbeladene vorsätzliche Tötungen. Die § 212 AE unterfallenden Tötungen haben ihre Ursachen in dem interpersonellen Verhältnis zwischen Täter und Opfer. Angesichts der durch die Interpersonalität des Konflikts geprägten Motivlage des Täters sind solche Tötungstaten weitaus weniger geeignet, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen.

Die Privilegierung affekt- und konfliktbeladener Tötungen bringt der Vorschlag nicht durch ein allgemeines, den eigentlichen Tatbestandsmerkmalen vorangestelltes Leitprinzip, sondern durch die Formulierung abschließend normierter Tatbestandsvoraussetzungen zum Ausdruck. Die Rückführung der privilegierungsfähigen Tötungen auf solche, die aus einer tatbestandlich näher umschriebenen Affekt- oder Konfliktlage hervorgehen, überwindet die völlige inhaltliche Disparität des bisherigen § 213 StGB mit seiner nahezu tatbestandsähnlichen Provokationsalternative einerseits und dem unbestimmten, weitgehend konturlosen „sonstigen minder schweren Fall“ andererseits. Durch die abschließende tatbestandliche Fassung der privilegierenden Umstände wird die in der aktuellen Rechtsanwendung zu beobachtende, durch die verfehlte Konzeption des geltenden Rechts begünstigte Tendenz unterbunden, in großem Umfang die unbenannte Strafmilderungsmöglichkeit in § 213 Alt. 2 StGB heranzuziehen. Eine allein auf das Vorliegen von § 21 StGB gestützte Anwendung von § 212 AE ist ausgeschlossen, wenn nicht die im Tatbestand beschriebenen Affekt- oder Konfliktlagen bestehen. Darüber hinaus fasst der Entwurf die Fallgestaltungen der provozierten Tötung im

Vergleich zur Provokationsvariante des geltenden Rechts deutlich enger, indem allein noch erhebliche, gegen gewichtige Rechtsgüter des (späteren) Täters oder ihm nahe stehender Personen gerichtete Taten des später Getöteten als provozierendes Vorverhalten akzeptiert werden. Damit bezweckt der Entwurf, die Bedeutung des Rechtsguts Leben zu stärken. So fallen durch leichte Kränkungen ausgelöste Tötungen, auf die nach geltendem Recht § 213 Alt. 1 oder 2 StGB angewendet werden, auf der Grundlage von § 212 AE nicht mehr unter die privilegierungswürdigen Tötungstaten.

§ 212 AE stellt sich ungeachtet seines Absatzes 1 Nr. 3 als echter Privilegierungstatbestand dar. Bei Vorliegen seiner Voraussetzungen schließt er eine Verurteilung wegen Mordes (§ 211 AE) und den Zugriff auf eine lebenslange Freiheitsstrafe selbst dann aus, wenn zugleich Regelmerkmale nach § 211 II AE verwirklicht worden sind (§ 212 II AE).

3. Mordtatbestand: Neuaufbau

Innerhalb dieser Gesamtkonzeption ist § 211 AE (Mord) das Flaggschiff für die Verteidigung des Rechtswerts Leben.

a) Ausbalancierung von richterlicher Freiheit und Gesetzlichkeitsprinzip

Die vermerkte Ausweitung des Mordtatbestands hat zur Folge, dass eine große Bandbreite von vorsätzlichen Tötungen mit unterschiedlichem Unwert erfasst wird. Dieser vom BVerfG bereits zum geltenden Recht erkannte Befund stellt sich bei einem zweistufigen Grundansatz noch dringlicher und bedarf einer abgewogenen Lösung.

Dabei ist von vornherein klar, dass der (partielle) Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus des geltenden Mordtatbestandes zu verabschieden ist – er ist ein Grund, weshalb in der lex lata Einzelfallgerechtigkeit zu kurz kommt. Umgekehrt kann, wie ausgeführt, auch dem österreichischen Modell nicht gefolgt werden. Dessen allgemeine Strafzumessungslösung ermöglicht zwar ein Höchstmaß an Individualisierung, stellt aber Bestimmtheitserfordernisse aus deutscher Sicht bedenklich hintan und führt instanzgerichtlich zu erheblich divergierenden Sanktionen. Stattdessen werden richterliche Freiheiten und Gesetzlichkeitsprinzip wie folgt ausbalanciert:

Für den Bereich der zeitigen Freiheitsstrafe bei Mord (§ 211 I AE) ist § 46 StGB einschlägig.

Demgegenüber sind für die Androhung und Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 211 II AE) entschiedenere Vorgaben des Gesetzgebers als in Österreich und in Schweden vonnöten. Denn in diesem Fall erfolgt ein qualitativer Sprung. Trotz vorgeschlagener Regelaussetzung nach 15 bzw. 20 Jahren (§ 57a AE) hat der Verurteilte mit Blick auf die Berücksichtigung der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit (§ 57 I Nr. 2 StGB) eine zwar größere, jedoch nicht die gleiche Gewissheit wie bei zeitiger Freiheitsstrafe, nach Ablauf einer bestimmten Frist seine Freiheit wieder zu erlangen.

Dieser Unterschied ist gravierend genug, um gewisse Richtlinien zu verlangen. Diese sollen zudem zur Wahrung von Rechtsgleichheit allzu großen Divergenzen vorbeugen, zudem dem Richter eine Ermessenshilfe an die Hand geben und dabei aus generalpräventiven Gründen ein allgemeines Signal zum Schutz der Lebenssicherheit der Bevölkerung setzen und schließlich den potentiellen Täter wissen lassen, wann er mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu rechnen hat.

Zunächst ist die Starrheit der Verbindung zwischen Mordmerkmalen und der Rechtsfolge „lebenslang“ aufzubrechen – dem europäischen Wertekonsens entsprechend. Flexibilität ist in Deutschland nach allen vergleichenden Befunden insoweit vonnöten. Diese gebotene Flexibilität wird dadurch erreicht, dass Voraussetzung für „lebenslang“ ist, dass der Täter Mordmerkmale erfüllt, die nur „in der Regel“ für die absolute Strafe ausreichen.

Dabei weicht die Umschreibung der zu lebenslanger Freiheitsstrafe qualifizierenden Tötungsfälle von der sonst üblichen Regelbeispieltechnik in mehrfacher Hinsicht ab.

b) Leitprinzip und Regelmerkmale – zweistufiges Modell mit drei Strafraumen

Neu für das deutsche Recht ist zunächst die Verbindung von bestimmten Regelbeispielen mit einem Leitprinzip (§ 211 II 1 AE), das ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wird.

Leitlinien bei Mord sind auch im Ausland geläufig. So führte der Schweizer Gesetzgeber 1990 das Leitprinzip der „besonderen Skrupellosigkeit“ ein, um das Schuldprinzip tatrichterlich zu stärken. Und in vielen nordamerikanischen Strafgesetzbüchern bemisst sich Mord nach der rücksichtslosen Missachtung menschlichen Lebens bzw. danach, ob eine „extreme indifference to human life“ zum Ausdruck kommt.

Mit dem neuen Leitprinzip wird ein Dreifaches bezweckt: Es verbessert zunächst die Legitimation der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Denn anders als traditionelle Verwerflichkeitsansätze begnügt es sich nicht mit der Frage, ob der schuldhaft handelnde Täter die Höchststrafe verdient hat. Zusätzlich wird danach gefragt, ob diese besondere Strafe darüber hinaus auch gerechtfertigt und notwendig ist. Dies ist unter präventiven Gesichtspunkten dann der Fall, wenn nach außen hin eine über die individuelle Tötung hinausgehende Bedrohung der Lebenssicherheit der Bevölkerung in Rede steht. Dies ist dann der Fall, wenn jeder Bürger zum Opfer werden könnte und deshalb durch die Tat zum Ausdruck kommt, dass der Rechtswert Leben als solcher in Frage gestellt ist. Infolge des sozialpsychologischen Eindrucks der Beliebigkeit der Tat ist eine Zunahme der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung zu besorgen.

Freilich ist man mangels weitergehender empirischer Befunde auf Alltagshypothesen angewiesen. Dies ist mit Blick auf das Phänomen des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung, seine Messbarkeit und die Notwendigkeit einer rechtlichen Filtrierung und Rationalisierung, nicht unproblematisch. Erschwerend kommt, trotz Anbindung an das klassische Schuldprinzip, eine gewisse Argumentationsnähe zur Sicherungsverwahrung hinzu. Um den erwünschten Rationalisierungszwang nicht zu unterlaufen, ist deshalb eine Rückanbindung an eine Unrechtserhöhung notwendig, die in der Tat zum Ausdruck gekommen und vom Täter verschuldet sein muss. Die Regelbeispiele orientieren sich an dieser Unrechtserhöhung, weshalb konzeptionell eine sog. unechte Dreistufigkeit vorliegt. Rechtsfolgenorientiert handelt es sich um ein zweistufiges Modell mit drei Strafraumen.

Dieser Topos prägt sodann, zweitens, die Ausrichtung und Formulierung der Mordmerkmale. Damit wird eines der Grundübel des geltenden Rechts beseitigt, nämlich dass infolge Wegfalls der Ideologie vom Tätertyp bzw. Gesinnungsverfall ein Sammelsurium von Mordmerkmalen bereitsteht, die sich bald primär nach besonderer sozialemischer Verwerflichkeit, bald mehr nach Gefährlichkeit mit entsprechend unterschiedlichen Ergebnissen interpretieren lassen, wodurch Beliebigkeit gefördert wird.

Der Prüfung unter dem Gesichtspunkt der unrechtserhöhenden Gemeinschaftsbedrohlichkeit halten dabei die derzeitigen Mordmerkmale „Tötung aus niedrigen Beweggründen“ und „Heimtücke“ nicht stand. Andere Mordmerkmale finden sich neu formuliert (Mordlust, Befrie-

digung des Geschlechtstriebes, Habgier, grausam) oder in anderem Zusammenhang angeführt (gemeingefährliche Mittel). Dazu hin gebietet das neue Leitprinzip die Aufnahme zusätzlicher Mordmerkmale (Mehrfachtötung und über die Tötung hinausgehende Gefährdung Dritter, Begehung in bandenmäßigem Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerks, diskriminierende Tötung wegen Gruppenzugehörigkeit). Soweit Formulierungen beibehalten wurden (Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat), ergeben sich deutliche Einschränkungen infolge des Leitprinzips.

Angesprochen ist damit bereits die dritte Aufgabe des neuen Leitprinzips, nämlich Abhilfe zu schaffen bei der auch aus europäischem Blickwinkel monierten fehlenden Berechenbarkeit der gesetzlichen Zuordnung und damit dem Richter eine Auslegungshilfe an die Hand zu geben und der Bevölkerung eine Orientierung zu ermöglichen.

Insgesamt ist zu erwarten, dass der Rechtswert Leben in seinen individuellen und gesellschaftlichen Bezügen aufgewertet und in größerem Umfang Einzelfallgerechtigkeit verwirklicht wird, ohne dabei die Anliegen der Rechtssicherheit zu vernachlässigen, das Strafen tatschuldangemessen und einheitlicher als bislang verhängt werden.

III. Erfolgsqualifizierte Delikte

Reformbedarf gibt es auch bei den erfolgsqualifizierten Delikten. Der AE-Leben befasst sich mit ihnen allerdings nur insoweit, als es um das Verhältnis zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten geht. Dabei geht der Arbeitskreis, ohne sich mit der grundsätzlichen Berechtigung der Deliktgruppe zu befassen, von ihrer Fortexistenz im Sinne der Konkurrenzlösung aus. Die todeserfolgsqualifizierten Delikte müssen so ausgestaltet werden, dass sie sich harmonisch in das System der vorsätzlichen Tötungstatbestände einfügen. Dabei lässt sich der Arbeitskreis erstens davon leiten, dass es in den Fällen einer (unterstellt) vorsätzlichen Todesherbeiführung nicht zu Wertungswidersprüchen mit dem Strafrahmensystem der vorsätzlichen Tötungsdelikte kommen darf, und zweitens, dass die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nicht geeignet ist, erhöhtes Unrecht auszudrücken. Konkret ergeben sich daraus die Forderungen, die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf § 211 AE zu beschränken, alle todeserfolgsqualifizierten Delikte nach dem Vorbild der bereits bestehenden Vorsatz-Leichtfertigkeit-Kombinationen auszugestalten und bei den Delikten mit einer zehnjährigen Mindeststrafe (z.B. § 251 StGB) minder schwere Fälle vorzusehen.

D. Begründung: Besonderer Teil

I. § 211 AE Mord – Grundlagen

1. Gesetzestext

§ 211 Mord

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist. Dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend, dass der Täter

1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet,
2. in bandenmäßigem Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerkes, deren Tätigkeit Gewalttaten zum Gegenstand hat, tötet,
3. einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung tötet,
4. das Opfer nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen tötet,
5. die Tat um des Tötens willen durchführt,
6. zum Zwecke der sexuellen Erregung tötet,
7. zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat tötet oder
8. im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen tötet.

2. Begründung des Reformbedarfs

Nach nahezu einhelliger Auffassung gewährleistet der geltende Mordtatbestand weder ausreichend die Unverbrüchlichkeit des Rechtswerts Leben noch in ausgewogenem Maße Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit im Hinblick auf tatunwert angemessene, gesetzlich

geleitete Strafen. Die Reformbedürftigkeit betrifft sowohl die Tatbestandsseite als auch die Rechtsfolgenseite des § 211 StGB.

Das geltende Recht weist vor allem folgende Mängel auf:

Eine grundlegende Schwäche bildet der schroffe Sprung in der Strafdrohung von dem bis auf ein Jahr Freiheitsstrafe privilegierbaren Totschlagstatbestand und dem mit grundsätzlich absoluter lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Mordtatbestand. Ihm liegt die Konzeption zugrunde, dass einerseits die Verwirklichung eines Mordmerkmals für sich allein bereits so schwer wiegt, dass dafür keine andere Sanktion als lebenslange Freiheitsstrafe in Betracht kommt.

Die gesetzliche Fassung des Mordtatbestandes ermöglicht es nicht, die gebotene Individualgerechtigkeit ausreichend zu verwirklichen. Dies hängt damit zusammen, dass die geltende Mordkasuistik das ihr gesteckte Ziel, alle besonders strafwürdigen Tötungsfälle sowohl abschließend als auch klar zu erfassen, nicht erreicht hat und nicht erreichen kann. Der im Grundsatz geltende Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus widerspricht der Lebenswirklichkeit und veranlasst zu kaum kontrollierbaren Umgehungsstrategien. Nicht nur sind bestimmte Motive und Zielsetzungen für eine Tötung Umstände bedingt oft ambivalent und treten häufig in schwer bewertbaren Motivbündeln auf, auch die Qualifizierungseignung selbst objektiver Merkmale kann durch entlastende Umstände wesentlich relativiert sein.

Dies erweist sich etwa beim Mordmerkmal „Heimtücke“. Es vermag die den Mordmerkmalen vielfach zugeordnete Doppelaufgabe, nur höchststrafwürdige Tötungsfälle zu erfassen, diese aber mit abschließender und zwingender Sicherheit, in keiner Weise zu erfüllen. Denn entweder wird dieses Mordmerkmal begrifflich so streng gehandhabt, wie das mit der ursprünglichen Formel des BGH geschah. Dann werden Tötungsfälle in den Mordbereich miteinbezogen, die nicht höchststrafwürdig sind – was heute außer Zweifel steht und dem verfassungsrechtlichen Grundsatz „sinn- und maßvollen Strafens“ widerstreitet. Oder man sucht Zuflucht in einer problematischen Rechtsfolgenlösung, bei der infolge richterlicher Rechtsschöpfung zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit aber nicht nur deren Zulässigkeit, sondern auch deren Reichweite fraglich geblieben ist. Als weiteres Ventil hat sich angeboten, durch besondere Anforderungen an die subjektive Tatseite Einschränkungen zu erreichen. Doch zeigt nicht zuletzt die jüngste Untersuchung von Rudolf Rengier, dass das Erfordernis des

Ausnutzungsbewusstseins von der Rechtsprechung „in einer unberechenbaren Weise gehandhabt wird“.

Selbst bei einem scheinbar unzweifelhaften Mordmerkmal wie Habgier ergeben sich Zweifel etwa dann, wenn das Vorteilsstreben mit anderen Motiven wie Mitleid oder Verzweiflung konkurriert. Dann soll für „lebenslang“ ausschlaggebend sein, ob das Gewinnstreben der „bewusstseinsdominante“ Beweggrund gewesen ist. Nicht als ob diesem Kriterium jegliche Bedeutung abzusprechen wäre, doch erscheint es fraglich, den Sprung zu „lebenslang“ allein auf der fragilen Basis der Bewusstseinsdominanz von Motiven zu entscheiden. Dies wäre erträglich, wenn auf der objektiven Tatseite der „bewusstseinsdominante“ Beweggrund dann ohne weiteres als mordqualifizierend einzustufen wäre. Doch auch dies ist nicht der Fall, wie etwa die Diskussion um die Bewertung von Tötungen zur Ersparung von Unterhaltsverpflichtungen zeigt.

Genauso gravierenden Einwänden sieht sich das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ausgesetzt. Es stand 1981 schon auf dem Prüfstand des BVerfG, das eine restriktive Interpretation anmahnte. Doch ist es bislang trotz intensiver Diskussion nicht gelungen, in den praktisch bedeutsamen Fällen der Tötung im Rahmen persönlicher Beziehungen und innerhalb eines einheitlichen Tatgeschehens, meist im Anschluss an Körperverletzungen und spontan oder im Zustand affektiver Erregung mit Verdeckungsvorsatz ausgeführt, eine angemessene Antwort zu finden. Beleg ist der „Zick-Zack-Kurs“ der Senate des BGH; er hatte seinen Ausgangspunkt in BGHSt 27, 281 mit der Zurückweisung des Merkmals der Überlegung, das vom BVerfG in der genannten Entscheidung wieder ins Spiel gebracht worden war – übrigens auf der Linie von § 100 Abs. 2 Nr. 5 AE 1970. Er nahm seinen weiteren Verlauf in der Ablehnung des Erfordernisses der besonderen Verwerflichkeit der Tat, sodann in der Zäsur-Rechtsprechung des 2. Senats, wonach „in Grenzfällen engen zeitlichen und sachlichen Zusammentreffens von Vortat und Verdeckungstat“ Verdeckungsabsicht unter bestimmten Voraussetzungen zu verneinen war. Nach Kritik aus dem Schrifttum hatte der 2. Strafsenat in BGHSt 35, 116 diese einschränkende Linie wieder aufgegeben und betont, dass weder eine jähe Eingebung einem Verdeckungsmord entgegenstehe, noch dieses Mordmerkmal Planung oder Vorbedacht voraussetze. Vielmehr seien Verdeckungsmord und niedrige Beweggründe unter Wertungsgesichtspunkten gleichzusetzen.

Damit sind die Einschränkungsbemühungen der Rechtsprechung nicht bloß „wieder auf dem Nullpunkt angelangt“, vielmehr hat die Ausrichtung an der Motivgeneralklausel eine Öffnung des Mordmerkmals zur Folge, die, nun umgekehrt, Uferlosigkeit befürchten lässt und sich bisher etwa im Verzicht auf das Erfordernis der Tötung zur Vereitelung einer Bestrafung niedergeschlagen hat. In der Konsequenz kann für Mord ein Tötungsversuch mit bedingtem Vorsatz aus Anlass irgendeiner Straftat genügen, sofern im Grunde nur irgendetwas verheimlicht werden soll. Begründet werden diese Ausweitungen mit dem Erst-Recht-Gedanken, wonach ein Täter, der etwa tötet, um etwas anderes als eine Straftat zu verdecken, noch „unverständlicher“ und deshalb besonders verwerflich handle. Die Abstützung dieser Erst-Recht-Schlussfolgerung mit der Formel, dass der Täter in solchen Fällen Unrecht mit weiterem Unrecht verknüpfe, weist freilich auf die inhaltliche Leere und Beliebigkeit dieser Additionsformel hin.

Vor allem erscheint die Gleichsetzung der Verdeckungsabsicht mit dem Wertungsgefüge der „niedrigen Beweggründe“ gleichsam so, als werde mangels gesetzlich geleiteten Auswegs Zuflucht bei Scylla gesucht, um Charybdis zu vermeiden. Denn wenn in der Diskussion um die Reform der Tötungsdelikte eines gesichert ist, so ist es die mangelnde Bestimmtheit oder jedenfalls unzureichende Determinierungskraft der „niedrigen Beweggründe“.

Deshalb erscheint es weiter als *circulus vitiosus*, veranlasst eben durch konzeptionelle Mängel des § 211 StGB, wenn die niedrigen Beweggründe eine große praktische Bedeutung erlangt haben für Fälle mit „verdeckungsnahen“ Beweggründen (Festnahmefälle, Verdeckung eigenen Fehlverhaltens, Vermeidung „ausserstrafrechtlicher“ Konsequenzen), in „befriedigungsnahen“ oder „habgiernahen“ Fällen, wie der Tötung, um sich nur geschlechtlich zu erregen oder in den Besitz eines wertlosen Gegenstandes zu kommen: das Allgemeine sucht Wertungshilfe im Besonderen und umgekehrt.

Aber ganz abgesehen von diesen Unstimmigkeiten und solchen immanenten Bewertungsproblemen von Beweggründen wird nicht einmal die den niedrigen Beweggründen von der Praxis zugedachte Aufgabe als Auffangtatbestand, der deshalb als letzte Bastion Rechtssicherheit garantiere, gewährleistet. Denn die Bewertungskraft des Beweggrundes beschränkt sich darauf, den Weg in den Mordtatbestand zu eröffnen, Differenzierungshilfe sollen stattdessen subtile Anforderungen an die innere Tatseite leisten. Die Vielfalt der hier für relevant befundenen normativierenden Psychologismen (Motivbewusstsein, Sachverhaltskenntnis,

Bedeutungskennntnis, spezielles Beherrschungs- und Steuerungsvermögen, Wertungsfähigkeit) belegt schon per se die „erhebliche Verunsicherung der Tatrichter“, die zudem im Hinblick auf die Offenheit der entsprechenden Voraussetzungen nicht mehr vorhersehen können, ob Art und Umfang ihrer Feststellungen und Erwägungen vor den Augen des Revisionsgerichts Bestand haben können. Denn die psychischen Voraussetzungen dieser aus erfahrungswissenschaftlicher Perspektive erstaunlichen Details werden vom BGH nicht beschrieben, sondern kurzum festgesetzt. Sie können demgemäß etwa „mit einem Blick“ erfasst werden – oder auch nicht. Deshalb ist kaum noch überraschend, dass sich Feststellungs- und Darlegungsmängel zur inneren Tatseite als die häufigsten Gründe für die Aufhebung des Schuldspruchs instanzgerichtlicher Urteile erweisen.

Insgesamt fehlt bestimmten Mordmerkmalen von vornherein die nötige Trennschärfe und umgekehrt werden scheinbar präzise Mordmerkmale dadurch entwertet, dass sich die Rechtsprechung zur Vermeidung grob unbilliger Ergebnisse zu Begriffsverschiebungen oder versteckten Umgehungen veranlasst sieht. Weithin hat sich das Wertungsgefüge der Mordkasuistik von der Differenzierungskraft objektiver oder objektivierbarer Kriterien hin zu subtilen Kriterien der inneren Tatseite verschoben. Deshalb bleibt nicht nur die Rechtssicherheit auf der Strecke, auch die gebotene Einzelfallgerechtigkeit versinkt leicht im Treibsand der subjektiven Tatseite des Einzelfalles.

In jedem Fall bleiben solche Bemühungen im Spannungsfeld von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit deshalb fragwürdig, weil es an verbindlichen Leitprinzipien fehlt. Dies gilt nicht nur für die von der Rechtsprechung favorisierten tatbestandsimmanenten Auslegungen, sondern auch für die von Teilen der Lehre verfochtenen gesamtwertenden „Typenkorrekturen“. Das geltende Recht enthält sich einer eindeutigen Stellungnahme zu der Frage, ob sich die Höchststrafwürdigkeit von Tötungen nach der besonderen Verwerflichkeit der Tötung bemisst, ob und welche Bedeutung einer Überlegung des Täters zukommt, oder ob es nicht eher um eine gefährlichkeitsorientierte Auslegung geht. Letzterenfalls ist wiederum offen, ob primär auf die Gefährlichkeit des Täters oder eher auf die Gefährlichkeit seiner Tat abzustellen ist.

Einen solchen Maßstab zu haben, wäre aber nicht nur für die Legitimation von Mordmerkmalen und de lege ferenda für deren Ausformulierung von grundlegender Bedeutung, sondern auch für die Interpretation der Mordmerkmale im Einzelfall.

Ist nämlich das maßgebliche Leitprinzip für die Höchststrafwürdigkeit von Tötungen die besondere Verwerflichkeit der Tat, so kann etwa bei Grausamkeit nicht schon das Zufügen besonderer Schmerzen genügen. Vielmehr muss das Handeln in gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung erfolgen, was gerade bei Vernachlässigung von Kleinkindern besonders nahe liegt. Und bei der Verdeckungsabsicht drängt sich auf, wenn nicht schon von vornherein der schuld mindernde Gehalt der Selbstbegünstigung generell entlastend in Ansatz zu bringen ist, Elemente einer Überlegung als Maßstab heranzuziehen.

Soll demgegenüber die Gefährlichkeit des Täters bzw. seiner Begehungsweise im Hinblick auf gesellschaftsbedrohliche Weiterungen der Tat ausschlaggebend sein, so ist weder die Gefühllosigkeit der Gesinnung noch sind bestimmte Formen der Überlegung von wesentlichem Belang. Und ebenso wenig ist maßgebend, ob eine ausreichende Zäsur zwischen Vortat und Verdeckungstat besteht. Ausschlaggebend ist auch nicht, ob das Habenwollen eines materiellen Vorteils jenes „ungewöhnliche, ungesunde sittlich anstößige Maß“ erreicht oder „ein noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes Gewinnstreben um jeden Preis“ beinhaltet, um als Habgier zu gelten. Vielmehr ist entscheidend, ob in der konkreten Tat eine Gefährlichkeit im Sinne eines künftigen Angriffs auf das Rechtsgut „Leben“ zum Ausdruck kommt. Demgemäß soll etwa mit dem Mordmerkmal Verdeckungsabsicht dem Kalkül entgegengewirkt werden, die Chance, eine drohende Entdeckung durch Tötung zu verhindern, sei das Risiko einer schärferen Strafe wert, wobei die Höchststrafe dann berechtigt ist, wenn durch die Tat „das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit in besonderem Maße beeinträchtigt“ wird.

Gerade weil das Gesetz keinen verbindlichen Maßstab vorgibt, gerade weil de lege lata „angesichts der Heterogenität der Mordmerkmale eine monistische Deutung nicht in Betracht kommt“ und offen ist, welches Mordmerkmal mehr in Richtung Verwerflichkeit oder eher sub specie Gefährlichkeit zu interpretieren ist, erscheinen vielfache kleine Brandherde, entstanden um den zutreffenden Bezugspunkt (Verwerflichkeit, Gefährlichkeit) der Argumentation, lediglich als Symptome eines Flächenbrandes, der die gesamte Mordkasuistik erfasst hat. Damit ist ein wichtiger Grund benannt, weshalb international der Eindruck eines schwer kontrollierbaren instanzgerichtlichen Schattensystems entstanden ist.

3. Begründung des Gesetzesvorschlags

a) Zweistufiges Modell mit drei Strafraumen

Der Entwurf ersetzt das bisherige Dreistufenmodell vorsätzlicher Tötungsdelikte durch ein zweistufiges System mit drei Strafraumen. Damit knüpft der Arbeitskreis bewusst an die von Albin Eser in seinem Gutachten zum 53. DJT unterbreiteten Vorschläge und an den mit § 100 AE-StGB 1970 vorgelegten Entwurf zur Reform der Tötungsdelikte an. Die Grundentscheidung für eine Zweistufigkeit, die auf einer schuld- und präventionsorientierten Differenzierung im Unrechts- und Schuldgehalt verschiedener Tötungen aufbaut, lässt bei der konkreten Ausgestaltung die Wahl zwischen zwei Konzeptionen: Grundtatbestand und Qualifizierung oder Grundtatbestand und Privilegierung. Beide Grundkonzeptionen gestatten unterschiedliche Möglichkeiten der Normierung im Detail. Die Gestaltungsvariante Grundtatbestand und Qualifizierung erforderte wegen des Verzichts auf die Statuierung von Konstellationen privilegierter vorsätzlicher Tötungen die Festsetzung einer sehr niedrigen unteren Grenze des Strafraumes des Grundtatbestandes, um den Konstellationen unrechts- und schuldgeminderter vorsätzlicher Tötungen in einer dem Schuldprinzip genügenden Weise Rechnung zu tragen. Ein sehr niedrig angesetzter unterer Strafraum für den Grundtatbestand vorsätzlicher Tötungsdelikte, der die unrechts- und schuldgeminderten Fälle zwar umfassen, nicht jedoch inhaltlich näher bestimmen würde, führte jedoch zu einer Bagatellisierung des Erfolgsunrechts der entsprechenden Taten. Das gälte erst recht im Verhältnis zu den abstrakten Strafraumen schutzrichtungsähnlicher Delikte wie etwa den Körperverletzungstatbeständen. Der Höchstwertigkeit des Rechtsguts Leben in stärkerem Umfang Rechnung zu tragen, ist ein zweistufiges System aus Grundtatbestand und Privilegierung besser geeignet. Der Grundtatbestand Mord (§ 211 AE) bringt die Wertigkeit des geschützten Rechtsguts Leben mit seiner Strafraumenuntergrenze von fünf Jahren einerseits und dem Festhalten an lebenslanger Freiheitsstrafe als fakultative Strafe andererseits klar zum Ausdruck.

Ein zweistufiges System der Tötungsdelikte mit Mord als Grundtatbestand und Totschlag als Privilegierung findet sich bereits in anderen nationalen Strafrechtsordnungen wie etwa in §§ 75, 76 des Österreichischen StGB (öStGB). Der Mordtatbestand § 75 öStGB droht dabei für den Grundtatbestand Freiheitsstrafe zwischen 10 und 20 Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe an. Eine tatbestandliche Vertypung oder auch nur die Statuierung von Regelbeispielen derjenigen Konstellationen (nicht nach § 76 öStGB privilegierter) vorsätzlicher Tötungen, die zu der Verhängung lebenslanger anstatt zeitiger Freiheitsstrafe führen können,

weist das österreichische Strafrecht nicht auf. Die konkrete Strafzumessung und damit auch die Auswahl zwischen zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe erfolgt ausschließlich anhand der Strafzumessungsleitlinien des Allgemeinen Teils des öStGB (§§ 32 ff. öStGB). Ein solches Modell gestattet zwar ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit. Das so erreichbare Maß an Einzelfallgerechtigkeit wäre jedoch mit einem Verlust an inhaltlicher Bestimmtheit des Tatbestandes sowie an Vorhersehbarkeit der drohenden Sanktion und damit letztlich mit einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit erkaufte.

Ein nach dem Vorbild von § 75 öStGB gestalteter Grundtatbestand vorsätzlicher Tötung, der selbst für die Auswahl zwischen lebenslanger und zeitiger Freiheitsstrafe keine über die anzuwendenden allgemeinen Strafzumessungsregeln (§ 46 I und II StGB) hinausgehenden gesetzlichen Vorgaben für den Rechtsanwender enthielte, ließe sich kaum mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Strafrecht vereinbaren. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Vermögensstrafe (§ 43a StGB) ausgeführt, dass bei Kriminalstrafen mit einer hohen Eingriffsintensität den Strafgerichten von Seiten des Gesetzgebers besonders präzise, verlässliche und kontrollierbare Strafzumessungsregeln an die Hand gegeben werden müssen. Dabei sind die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Strafdrohung umso strenger, je intensiver die strafrechtliche Sanktion wirkt. Ein Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung, der zeitige und lebenslange Freiheitsstrafe alternativ androht, genügt angesichts der Eingriffsintensität der Sanktion nicht den vorgenannten Erfordernissen, wenn nicht wenigstens für die Auswahlentscheidung des Rechtsanwenders zwischen den Arten der Freiheitsstrafe präzisere, verlässlichere und kontrollierbarere Regeln von Seiten des Gesetzgebers festgelegt würden, als das geltende Recht sie mit § 46 StGB vorsieht.

b) Beseitigung der Sanktionierungskluft

Das vom Arbeitskreis vorgeschlagene Grundmodell der Zweistufigkeit von Mord (§ 211 AE) und Totschlag (§ 212 AE) ist differenzierter als es sich auf den ersten Blick erschließt. Im Grundtatbestand des Mordes ist zwischen zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe zu unterscheiden: Während für die Verhängung der zeitigen Mordstrafe mit einem Strafraum von 5 bis 15 Jahren die allgemeine Strafzumessungsnorm des § 46 StGB maßgeblich ist, sind die besonderen Voraussetzungen für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in § 211 II AE formuliert. Eines ergänzenden Rückgriffs auf § 46 StGB bedarf es insoweit nicht. Auf der Vollstreckungsebene soll die lebenslange Freiheitsstrafe nach den Vorstellungen des Arbeitskreises unter Schuldgesichtspunkten beseitigt und durch eine zeitige Freiheitsstrafe

ersetzt werden. Lediglich unter dem Gesichtspunkt der Rückfallprävention soll weiterhin die länger dauernde Vollstreckung der Freiheitsstrafe möglich sein. Mit Blick auf die unterschiedlichen Fallkonstellationen des vorgeschlagenen Leitprinzips für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe soll dabei allerdings auch auf der Vollstreckungsebene noch differenziert werden zwischen Konstellationen, in denen die Vollstreckungsdauer auf 15 Jahre (§ 57a I 1 AE), und solchen, in denen sie auf 20 Jahre begrenzt wird (§ 57a I 2 AE).

Der Privilegierungstatbestand des Totschlags ist ebenfalls differenzierter als es auf den ersten Blick erscheint. Hier soll zwar im Grundsatz eine Strafdrohung von 1 bis 10 Jahren Freiheitsstrafe normiert werden; wenn aber Fallkonstellationen der Privilegierung mit solchen des Leitprinzips für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe zusammentreffen, soll der Strafraum auf 3 bis 10 Jahre verengt werden.

Insgesamt bietet das vorgeschlagene Modell damit auf der Rechtsfolgenseite einen Differenzierungsreichtum an, der die Starrheit des geltenden Rechts, und namentlich die Sanktionierungskluft zwischen „zeitig“ und „lebenslang“, aufhebt.

c) Gesetzliches Leitprinzip: „unrechtserhöhende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“

Neu ist bei der Konzeption des Mordtatbestandes, dass auf lebenslange Freiheitsstrafe „nur erkannt werden (darf), wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“.

Mit diesem Leitprinzip wird, wie dargelegt, bezweckt, die Legitimation der lebenslangen Freiheitsstrafe zu unterstützen. Weiter hat sich an diesem Leitprinzip die Formulierung der Mordmerkmale auszurichten. Schließlich wird eine Orientierung für die Bevölkerung und damit auch für potentielle Täter geboten. Wichtig ist, dass sich daraus eine Auslegungshilfe für das Gericht ableiten lässt, das zudem eine Begründungslast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Einzelfall trägt.

Das neue Leitprinzip geht von der Prämisse aus, dass die auf bestimmte Tötungen abzielende und damit selektive Androhung von lebenslanger Freiheitsstrafe allenfalls aus generalpräventivem Bedarf zu begründen ist.

Kerngedanke dieses unrechtserhöhenden Präventionsansatzes ist danach, dass es bei Mord mit der Rechtsfolge „lebenslang“ um einen besonderen Unwert geht. Es wird eine Tötungsstraftat umschrieben, deren Wirkung über die individuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer dergestalt hinausweist, dass jeder beliebige Bürger potentiell Opfer sein könnte und deshalb die Tat geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Berücksichtigt werden folglich sozialpsychologische Mechanismen der kollektiven Sicherheit gegenüber Lebensbedrohung durch andere. Solche Mechanismen haben im Rahmen einer durch erwartbare Rechtserschütterung begründeten, an der Bedrohlichkeit der Tötungstat für den Rechtswert Leben in der Gesellschaft ausgerichteten Integrationsprävention ihre Berechtigung. Bei Tötungen, die nicht bloß als besonders verwerflich erscheinen, sondern zudem jene gemeinschaftsbedrohliche Eignung aufweisen, weil sie typischerweise nicht auf ein bestimmtes Opfer beschränkt sind, lässt sich die Notwendigkeit eines zumessungsqualifizierenden Präventionsbedarfs nicht in Abrede stellen. Dabei erfolgt eine Rückanbindung an „besonders erhöhtes Unrecht“. Es geht also nicht etwa um den unreflektierten Rückgriff auf diffuse Lebensbedrohungsgefühle der Bevölkerung. Vielmehr werden acht Regelmerkmale ausformuliert, welche jene Eignung, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen, repräsentieren. Sie fußen auch auf Verwerflichkeitsgedanken, durch Ausrichtung am Leitprinzip werden aber die Voraussetzungen geschärft. Soweit dies im Hinblick auf die Kunst des Möglichen bei der Formulierung als Regelbeispiele nicht gänzlich geschehen kann, etwa bei Tötung zur Verdeckung einer Straftat oder zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile, obwohl in solchen Fällen im Kernbereich ein Präventionsbedarf zweifellos besteht, wird dem durch die gesteigerte Bedeutung des Leitprinzips für die Gerichte in der praktischen Anwendung Rechnung getragen. Insgesamt wird mit dem neuen Leitprinzip der Rechtswert Leben in seinen individuellen und gesellschaftlichen Bezügen prägnanter als bislang geschützt.

Unter Geltung des neuen Leitprinzips ist es selbstverständlich, dass die Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe „verschuldetes“ erhöhtes Unrecht voraussetzt, wobei sich aus § 21 StGB die Mindestbedingungen für Schuld entnehmen lassen. Damit wird ein erwünschter Nebeneffekt erreicht. Der Druck, der derzeit infolge der Starrheit der geltenden Konzeption auf § 21 StGB lastet, und, um „lebenslang“ zu vermeiden, zu Verbiegungen bei der Annahme von (verminderter) Schuldfähigkeit führt, wird gemindert und entsprechend dem Leitprinzip versachlicht. Gleiches gilt im Übrigen für die normative Überlastung der inneren Tatseite im geltenden Recht. Dabei versteht es sich, dass die Regelmerkmale bzw. der entspre-

chende zugrunde liegende Sachverhalt Gegenstand des Tätervorsatzes sein müssen, nicht dagegen das Leitprinzip als solches.

Mit der neuen gefährlichkeits- und unrechtsbezogenen Qualifizierungsgrundlage wird Ansätzen reiner Schuldsteigerung, welche die Mordqualifikation allein mit der „besonderen Verwerflichkeit“ zu begründen versuchen, eine Absage erteilt. Denn diese Grundsätze können keinen Beitrag dazu leisten, richterliche Freiheit und Gesetzlichkeitsgrundsatz sowie Bestimmtheitsprinzip angemessen auszutarieren. Verwerflichkeitskonzeptionen sind im Kern maßlos, sie beruhen auf fast beliebig ausdeutbaren Leerformeln, wie Nichtigkeit des Tatanlasses oder besonders verwerfliche Mittel-Zweck-Relation. Ist etwa die Tötung zwecks Erlangung hoher Geldbeträge weniger verwerflich als die auf geringe Beute gerichtete Tat? Und ist es bei der Absicht zur Straftatverdeckung nur besonders verwerflich, ob der Täter zur Verdeckung einer Bestrafung handelt oder genügt bereits, dass der Täter aus Anlass einer Straftat irgendwelche soziale Nachteile vermeiden will? Und sind Verdeckungstötungen im Rahmen persönlicher Beziehungen und innerhalb eines einheitlichen Tatgeschehens wegen des oft mitschwingenden Vertrauensverhältnisses nicht verwerflicher als Verdeckungstötungen von fremden Personen? Wer vermag in generalisierbarer Weise und frei von persönlichen Vorurteilen hier judizieren? Und ist es nicht das Tatbild, so wenn das Opfer besonders entsetzlich zugerichtet ist, das die besondere Verwerflichkeit nahe legt? Abscheu und Entsetzen waren noch nie verlässliche Ratgeber.

Verwerflichkeitskonzeptionen begünstigen zudem die Herausbildung subtiler normativer Kriterien auf der inneren Tatseite. Diese sind nicht nur der Rechtssicherheit abträglich, sie verfehlen zudem die angestrebte Einzelfallgerechtigkeit deshalb, weil Zufälligkeiten bei Tat und Täter normativ einen ihnen nicht zustehenden, übergroßen Einfluss erlangen.

Und ebenso wenig wird einem formalen Additionsprinzip gefolgt, das den besonderen Unwert von Mord und die Legitimation von „lebenslang“ mit der Addition von strafgesetzlich realisiertem Unrecht erklärt. Bloß additives Hinzufügen von Unrechtselementen wie Hausfriedensbruch oder Raub zu dem Unrecht der Tötung eines individuellen Lebens kann der gesellschaftlichen Dimension von besonders strafwürdigen Tötungen nicht ausreichend Rechnung tragen.

d) Konsequenzen für Gesetzgebung und Praxis

Die neugefassten Mordmerkmal in § 211 II 2 Nr. 1-8 AE haben auf der Grundlage des neuen Leitprinzips die Funktion, den Typus der Fälle zum Ausdruck zu bringen, bei denen der Täter wegen voller Schuld die Höchststrafe nicht nur verdient, sondern „lebenslang“ auch geboten und notwendig ist, weil nach außen hin eine über die individuelle Tötung hinausgehende Gefährlichkeit für den Rechtswert Leben in seinem Geltungsanspruch und damit eine besondere „Gemeinschaftsbedrohlichkeit“ zum Ausdruck kommt. Dies ist dann der Fall, wenn aufgrund des in der Tötungstat dokumentierten Verhaltensmusters der Täter bereit ist, generell „über Leichen zu gehen“, mithin Anlass für kollektive Sorge besteht, dass jedes beliebige Mitglied der Gesellschaft Opfer der Tat werden kann. Umgekehrt fehlt für solche kollektivpsychologische Weiterungen die entsprechende Basis umso eher, je eindeutiger die Tat auf einen lebensgeschichtlich singulären Konflikt beschränkt ist, der strikt personalgebunden ist und deshalb nicht wiederholbar erscheint.

Um die genannten Schwächen der geltenden Konzeption zu vermeiden, bietet sich die Kombination einer generellen Gefährlichkeitsklausel als gesetzliches Leitprinzip mit konkretisierenden Regelmerkmalen an. Diese Technik liefert hinreichend bestimmte Zumessungsgründe, ohne dabei starr zu sein. Allerdings weicht die Umschreibung der zu lebenslanger Freiheitsstrafe qualifizierenden Tötungsfälle von der sonst gebräuchlichen Regelbeispielstechnik in mehrfacher Hinsicht ab. Zunächst dadurch, dass bestimmte Regelmerkmale mit dem Leitprinzip der „unrechtserhöhenden Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ verbunden werden. Daraus folgt eine Begründungslast des Gerichts, die bei den einzelnen Mordmerkmalen unterschiedlich intensiv ist. Denn der Indikationsgehalt der Regelmerkmale im Hinblick auf die generelle Gefährlichkeitsklausel ist nicht identisch.

Der Arbeitskreis stellte sich die Frage, ob es sich eher empfiehlt, einige wenige ausdrucksstarke Mordmerkmale in den Regelkatalog aufzunehmen, dann aber die Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe auch zuzulassen, wenn keines der Regelmerkmale erfüllt ist, jedoch eine Gesamtbewertung von Tat und Täter ergibt, dass die Voraussetzungen des Leitprinzips erfüllt sind, oder (umgekehrt) eine solche Öffnung nach oben zu unterbinden ist. Dabei haben wir uns für eine mittlere Linie entschieden, die auch das Prozessrecht und damit die verfahrensrechtlichen Begründungsanforderungen mit einbezieht. Es ist angesichts der Vielfalt von Tötungsarten und Tötungsmotivationen nicht zu vermeiden, dass Regel-

merkmale gemessen an dem Leitprinzip einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt aufweisen. So macht es doch im Hinblick auf kollektiv-psychologische Weiterungen einen Unterschied, ob der Täter tatmehrheitlich als Serienkiller menschliches Leben vernichtet oder um eines wirtschaftlichen Vorteils willen sich aus einer schicksalhaften wirtschaftlichen Notlage zu befreien sucht. Der Kompromiss war darin zu finden, dass sich einerseits die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe dann verbietet, wenn keines der Mordmerkmale erfüllt ist, andererseits ein umfangreicherer Katalog entworfen wurde. Dabei weist der Indikationsgehalt der Mordmerkmale unterschiedliches Gewicht auf, mithin steigen die Begründungsanforderungen seitens des Gerichts im Hinblick auf die Voraussetzungen des Leitprinzips. Dies hat im Einzelnen die folgenden Konsequenzen:

Die neuen Mordmerkmale repräsentieren, gemessen an dem neuen Leitprinzip, gleichsam eine Schwereliste, beginnend mit der Mehrfachtötung (§ 211 II Nr. 1 AE) bis hin zur Tötung im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen (Nr. 8). Der Bandbreite unterschiedlichen Unwerts lässt sich auf diese Weise Rechnung tragen. Mit dieser Schwereliste, gemessen an der Bedrohlichkeit der Straftat für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit, liefert der Gesetzgeber zudem Anhaltspunkte für die Strafzumessung bei der zeitigen Freiheitsstrafe (§ 211 I AE) und für die Strafrestaussatzung zur Bewährung bei lebenslanger Freiheitsstrafe; er löst damit das Werte-Vakuum, das bei der Interpretation der „besonders schweren Schuld“ i.S. von § 57a StGB entstanden ist.

Dieser abnehmende Indikationsgehalt hat im Gesetz ausdrücklich seinen Niederschlag gefunden. § 57a AE enthält eine klare gesetzliche Festlegung des Rangverhältnisses der Regelmerkmale und trägt dieser Gradierung durch unterschiedliche Aussetzungspunkte (15 Jahre bzw. 20 Jahre) Rechnung. Die unterschiedliche Indikationswirkung hat aber nicht erst für die Strafrestaussatzung Bedeutung, sie zeitigt die folgenden Wirkungen bereits bei der Auslegung der Regelmerkmale:

- Wenn eines der Regelmerkmale erfüllt ist, so liegt die Begründungslast für die gesetzlich vermutete Eignung zur Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit und für die korrespondierende Unrechtserhöhung beim Gericht. Der Begründungsaufwand ist umso höher, je geringer die Indikationswirkung des Mordmerkmals ist und je eher Anhaltspunkte für einen Personalkonflikt vorliegen. Falls keinerlei gegen-teilige Umstände bei Tat und Täter ersichtlich sind, bedarf es über den Nachweis des

Regelmerkmals und seiner schuldbezogenen Voraussetzungen hinaus nicht auch noch einer eingehenden Begründung der Gemeinschaftsbedrohlichkeit der Straftat.

- Trotz Vorliegens eines Regelmerkmals muss ein Qualifizierungsfall (§ 211 II AE) verneint werden, wenn sich aufgrund der Gesamtbewertung der Umstände der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergibt, dass die Tat nicht der vom Gesetz vermuteten Bedrohung der allgemeinen Lebenssicherheit entspricht. Gegenteilige Anhaltspunkte können sich insbesondere auch aus den Wertungen des Privilegierungstatbestandes (§ 212 AE) ergeben. Solches ist etwa mit Blick auf das Regelmerkmal Nr. 1 der Fall, wenn eine Ehefrau ihren Ehemann und zudem ihren Sohn auf der Grundlage eines Personalkonflikts tötet. Gleiches gilt, wenn in langfristiger konfliktbedingter Affektlage der Familientyrann mittels Explosion des häuslichen Gasherdes getötet wird, wodurch die Etagenmitbewohner unmittelbar gefährdet werden.
- Umgekehrt kann nicht auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden, wenn keines der Regelmerkmale erfüllt ist. Dies wird mit der Formulierung in § 211 II 2 AE „dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend“ verhindert. Andernfalls steht, auch mit Blick auf die ersatzlose Streichung der bisherigen Mordmerkmale „niedrige Beweggründe“ und „Heimtücke“, zu befürchten, dass die Praxis ein Ventil sucht, um herkömmlichen Gepflogenheiten auf der Grundlage eines verwerflichkeits-orientierten Ansatzes Gefolgschaft leisten zu können. Diese Strafschärfungsmöglichkeit auszuschließen, besteht hier – etwa im Unterschied zu Albin Eser, DJT-Gutachten 1980, D 170 – schon deshalb Anlass, weil die Strafrahmen innerhalb von „lebenslang“ mittels Regeln zur Strafrestaussetzung (§ 57a AE) flexibilisiert wurden, ohne hohe zeitige Freiheitsstrafen auszuschließen. Genau besehen wird dadurch der übermäßig großen Reichweite dieser genannten Mordmerkmale, die entweder als Auffangmerkmal fungieren oder bei denen von vornherein jegliche Differenzierungskraft fehlt, Rechnung getragen.

II. § 211 II AE Mord - Präventionsausgerichtete, unrechtserhöhende Regelmerkmale für lebenslange Freiheitsstrafe

Zur Ausfüllung des Sprungs von zeitiger zu lebenslanger Freiheitsstrafe, zur Auslegungshilfe für die Gerichte und zur Stabilisierung des Rechtswerts Leben ist es notwendig, einen Kata-

log von Mordmerkmalen aufzustellen, die für den Regelfall eine Tötungstat umschreiben, die besonders erhöhtes Unrecht deshalb aufweist, weil die Tat geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen, und die mit signifikanter Häufigkeit auftreten. Diesen Vorgaben entsprechen die in § 211 II 2 Nr. 1-8 AE umschriebenen Begehungsweisen und Zielsetzungen. Sie repräsentieren, wie ausgeführt, eine Schwereliste, mit der die Anforderungen an die Begründungen der Gerichte korrespondieren.

1. Nr. 1: Mehrfachtötung oder Lebensgefährdung Dritter

Bei tatmehrheitlicher Tötung ist es evident, dass die Straftat geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Denn dadurch wird typischerweise dokumentiert, dass es sich nicht mehr nur um eine einmalige Entgleisung handelt, sondern, etwa bei Serienkillern und Amokläufern, um einen gefährlichen Abbau des Tötungstabus, der die Geltung des Rechtswerts Leben angreift. Doch auch in der gleichaktigen Tötung mehrerer Menschen wird regelmäßig eine solche Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit zum Ausdruck kommen (z.B. Schuss mit Maschinenpistole, Einsatz einer Handgranate oder eines Sprengstofffahrzeugs). Mit Blick auf den erhöhten Intentionsunwert gleichgestellt ist der Versuch, mehrere Menschen zu töten.

Demgegenüber erfasst das Regelmerkmal der Nr. 1 nicht den sog. erweiterten Suizid. Er ist, weil strikt situations-personalgebunden, nicht geeignet, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu beeinträchtigen. Zudem präsentiert § 212 AE für den Fall von bestimmten Konflikttötungen Gegenindikatoren. Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn es um hintereinander begangene Konflikttötungen von mehreren Opfern geht und die Umstände im Einzelfall die Schlussfolgerung aufdrängen, dass von dem Täter eine angemessenere Konfliktbewältigung zu erwartet war.

Mit der Nr. 1 wird die Erfolgskomponente abgeschichtet, und erstreckt sich sowohl auf den Tötungsversuch als auch auf die unmittelbare Lebensgefährdung weiterer Menschen. Auf diese Weise werden die schwerwiegendsten Formen der „gemeingefährlichen Mittel“ (§ 211 II 2. Gruppe StGB) erfasst. Im Einklang mit § 100 II Nr. 2 AE 1970 wird im Vergleich mit der wohl h.M. des geltenden Rechts das Gefährdungserfordernis enger gefasst. „Besonders erhöhtes Unrecht“ liegt nicht bereits vor bei Leibesgefahren und auch nicht bei bloß abstrakten Gefahren für das Leben. Mit dem Unmittelbarkeitserfordernis wird klargestellt, dass es für Mord nicht genügt, wenn eine Lebensgefährdung nicht ausgeschlossen erscheint. Zudem

werden Bestimmtheiterfordernisse besser gewahrt, weil dem Tatrichter diffizile Erwägungen zur teleologischen Reduktion der abstrakten Lebensgefahr im Einzelfall erspart bleiben. Wegen des neuen und restriktiveren Erfordernisses einer konkreten Lebensgefahr wird freilich der Kreis der gefährdeten Personen mit mindestens zwei neben dem unmittelbaren Tatopfer enger zu ziehen sein als bei dem bisherigen Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“.

Bei mehraktiger Tötung von mindestens zwei Menschen führt das Regelmerkmal der Nr. 1 zu einer Einheitsstrafe und vertatbestandlicht damit eine Konkurrenzfrage. Es geht nicht etwa um die Subsumtion der verschiedenen Tötungsakte unter die verschiedenen Varianten von § 211 I oder II AE, wobei dann die Einzelstrafen im Wege der Gesamtstrafenbildung zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe führen könnten. Vielmehr ist dem Leitprinzip Rechnung zu tragen, so dass eine Einheitsstrafe verhängt wird.

2. Nr. 2: Tötung in bandenmäßigem Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerks

Dass die Tötung in bandenmäßigem Zusammenschluss mehrerer auf besonders erhöhtes Unrecht und einen erhöhten Präventionsbedarf jedenfalls dann hinweist, wenn das Zusammenwirken Gewalttaten zum Gegenstand hat, dürfte sich im Prinzip von selbst verstehen. Denn die bandenmäßige Bereitschaft zur Begehung von Gewalttaten lässt eine über die Individualtötung hinausgehende Geringschätzung menschlichen Lebens erkennen, welche für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit bedrohlich erscheint. Demgegenüber empfiehlt es sich nicht, jede Art von Bandenbildung zu erfassen, etwa auch solche, die sich auf einfache Diebstähle oder Betrügereien beschränken. Diese mögen zwar geeignet sein, die Sicherheit bezüglich Eigentums und Vermögens in der Bevölkerung zu erschüttern. Da die Höchststrafe indes besonders erhöhtes Unrecht voraussetzt, das sich auf den Rechtswert Leben als solchen beziehen muss, sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Erhöhtem Strafbedürfnis, das etwa in der besonderen Geringschätzung von Vermögen und Eigentum zum Ausdruck kommt, kann im Rahmen von § 211 I AE Rechnung getragen werden.

Bei dem bandenmäßigen Zusammenschluss geht es um etwas anderes und um mehr als um bloß mittäterschaftliche Ausführung einer Einzeltat. Qualifizierend wirkt jener gefährliche und unrechtserhöhende Zusammenschluss, bei dem die Bereitschaft zu Gewalttaten besteht. Diese Einbettung der Tat in die Regelhaftigkeit und Gruppendynamik von gewalttätigen Straftaten dokumentiert eine über die Individualtötung hinausgehende Gefährlichkeit. Die

Lebenssicherheit der Allgemeinheit erscheint auch deshalb als bedroht, weil davon auszugehen ist, dass aufgrund von Gruppenmechanismen die Tötungshemmung typischerweise abgebaut ist.

Dies bedeutet, dass die Streitfrage bei der Mittäterschaft, ob Anwesenheit am Tatort notwendig bzw. ob insoweit auf eine funktionale tatherrschaftliche Äquivalenz abzustellen ist, hier nicht ausschlaggebend sein kann. Entscheidend ist der Nachweis, dass die Tötung im Rahmen eines unrechtserhöhenden bandenmäßigen Zusammenschlusses erfolgt ist, wobei es um eine auf längere Dauer angelegte Tätigkeit der Bande gehen muss. Die weitere Streitfrage, ob für den bandenmäßigen Zusammenschluss die Verbindung von zwei Personen genügt oder mindestens drei Personen notwendig sind, ist im Bereich der Lebensschutzdelikte wie folgt zu entscheiden: Mit der mittlerweile h.M. zu den einschlägigen Straftatbeständen, insbesondere § 244 I Nr. 2 StGB, ist der Zusammenschluss von mindestens drei Personen als konstitutiv für eine Bande zu verlangen. Es besteht kein durchschlagender Grund, hiervon im Bereich des Lebensschutzes abzuweichen. Stabilisierende gruppenspezifische Kräfte entfalten sich umso bedrohlicher, je größer die Teilnehmerzahl und je enger das Band des Zusammengehörigkeitsgefühls ist. Demgemäß wird zu Recht ein gemeinsamer „Wille zur Bindung für die Zukunft und für eine gewisse Dauer“ verlangt, im Einzelnen noch ungewisse Gewaltstraftaten mit mehreren anderen zusammen zu begehen. In dieser engen (personalen) Bindung, vermittelt durch die sog. Bandenabrede, liegt das besondere gemeinschaftsbedrohliche Gefährdungspotential. Hinzukommen muss dabei auch eine gesteigerte Ausführungs- oder Aktionsgefahr.

Mit der Alternative Tötung innerhalb eines organisierten Netzwerks ist modernen Bedrohungsformen insbesondere im terroristischen Umfeld Rechnung zu tragen. Es soll dadurch im Bereich des strafrechtlichen Lebensschutzes eine Lücke geschlossen werden, die durch den Bandenbegriff eröffnet und auch durch den Terminus „Vereinigung“ nicht adäquat erfasst wird. Denn die bei der Bande notwendigen Erfordernisse eines „übereinstimmenden Willens“ zu zukünftigen Straftaten, gepaart mit enger (personalen) Bindung, passen auf neuartige gefährliche Verbindungsformen nicht. Um der Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit angemessen entgegenzutreten zu können, empfiehlt es sich, auf den Begriff des Netzwerks zurückzugreifen.

Es geht dabei um soziale Interaktionsformen, bei denen, zunächst im Unterschied zu den Erfordernissen einer „Vereinigung“, ein „Gesamtwille“ der Organisation wie auch eine Gruppenidentität fehlt. Die Netzwerke zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich durch eine abs-

trakte Idee, typischerweise eine Ideologie, zusammenfügen und sie nur durch lose kommunizierende Gruppen und Akteure miteinander verknüpft sind, wobei die jeweiligen Beteiligten durchaus disparate Einzelziele verfolgen können.

Mit dem Begriff der Organisiertheit des Netzwerkes wird klargestellt, dass sowohl hierarchisch strukturierte, klassische Organisationsformen erfasst sind, die über einseitige Befehlswege und strikt getrennte Informationsbereiche verfügen (wiederum im Gegensatz zu einer Vereinigung i.S. des § 129 StGB), als auch moderne dezentralisierte, auf differenzielle Ausführung angelegte Systeme sowie Netzwerke mit losen Zusammenschlüssen ohne klassische Befehlszentrale, häufig personell fluktuierend, aber eben durch eine abstrakte Idee verbunden (wiederum im Unterschied zur Bandenabrede). Für diese Leitidee des organisierten Netzwerkes genügt nicht die Bereitschaft zu Eigentums- oder Vermögensdelinquenz bzw. zu Rechtspflegedelikten inklusive Geldwäschehandlungen, wie sie für bestimmte Bereiche der organisierten Kriminalität typisch sind. Vielmehr ist gesetzlich der Nachweis gefordert, dass Inhalt jener das Netzwerk überspannenden Idee die Bereitschaft der inspirierten Akteure und Zellen ist, Gewalttaten zu begehen. In den einschlägigen Fällen wird, ideologiegeprägt, der Rechtswert Leben typischerweise ausgeblendet. Hieraus und aus ihrer multiplen Wirkung infolge Vernetzung folgt die besondere Bedrohung der Lebenssicherheit der Bevölkerung.

In der Sache geht es insbesondere auch darum, Einzeltäter, etwa so genannte Schläfer, aktivierbar durch solche organisierten Netzwerke, angemessen zu erfassen. Die besondere Gefährlichkeit resultiert daraus, dass solche Täter, typischerweise unter dem Dach einer den Rechtswert Leben negierenden Ideologie, jederzeit aktivierbar sind und gleichsam als autonomes Rädchen funktionieren, ohne dass eine bestimmte Kommandobasis aufspürbar wäre. Dass gegen solche Bedrohungsformen die Rechtsbegriffe Bande und Vereinigung nicht gewappnet sind, hat sich erwiesen. Ebenso gelingt die jeweilige Abgrenzung dieser Gebilde nicht.

3. Nr. 3: diskriminierende Tötung wegen Gruppenzugehörigkeit

Es geht darum, bestimmte Formen von sog. Hassdelikten durch fanatische Täter, die die Grundlagen des friedlichen Zusammenlebens gefährden, im Hinblick auf den Lebensschutz als strikt tabuisiert zu deklarieren. Neuere Gesetzeswerke, insbesondere im nord- und südamerikanischen Bereich, haben auf derartige Tötungen mordqualifizierend reagiert, und es entspricht einem internationalen Trend, „hate-crimes“ strafscharfend entgegenzutreten.

Denkbar wäre es, mit den Empfehlungen des 53. Deutschen Juristentags 1980 Rassenhass als emotionale Motivationskomponente gesetzlich ausdrücklich als Mordmerkmal zu benennen. Doch stellten sich dann die bekannten Schwierigkeiten bei Motivbündeln, welche der BGH mit diffizilen Erwägungen zur Bewusstseinsdominanz glaubt, lösen zu können. Indes sind es gerade solche psychologisierenden Normativierungen, welche die geltende Unterscheidung von Mord und Totschlag in Misskredit gebracht haben.

Stattdessen ist das Kriterium der Gruppenzugehörigkeit als maßgebend anzusehen, die Anlass und Zweck der diskriminierenden Tötung eines Menschen darstellt. Es geht darum, Personen, die bestimmten sozialen Gruppen in der Gesellschaft angehören und aus diesem Grunde in ihrer Lebenssicherheit bedroht sind, besonderen strafrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen. Bezug genommen wird dabei auf Wertentscheidungen des Grundgesetzes (Art. 3 II GG). Deshalb geht es nicht um die Zubilligung eines Sonderstatus für herausgehobene Gruppen oder Minderheiten. Vielmehr hat ein Strafrecht in einer durch eine Vielfalt von Ethnien, Glaubensbekenntnissen und Herkünften usw. gebildeten und gelebten Gesellschaft dafür Sorge zu tragen, dass die Lebenssicherheit von Mitgliedern solcher Teile der Allgemeinheit gewährleistet ist. Das erhöhte Unrecht ist gemäß dem Leitprinzip darin zu sehen, dass über die individuelle Tötung hinaus jedem Mitglied der erfassten Gruppe die Existenzberechtigung abgesprochen wird.

Auch im Völkerstrafgesetzbuch schlägt sich die besondere Strafwürdigkeit des lebensgefährlichen Vorgehens gegen bestimmte Gruppen nieder. So wird nach § 6 VStGB (Völkermord) mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft, wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, ein Mitglied der Gruppe tötet (Nr. 1) bzw. weitere gefährliche Tathandlungen gegen die Gruppe oder Gruppenmitglieder durchführt. Der Arbeitskreis sieht sich insoweit in seiner Grundausrichtung und der Aufnahme eines neuen Mordmerkmals bestätigt. Durch eine supranationale Regelung werden aber nationale Vorschriften nicht entbehrlich, die auf derselben Wertungsebene liegen, jedoch weitergehende Sachverhalte erfassen. So ist konstitutiv für das Unrecht des Völkermordes (§ 6 VStGB) die „Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“. Maßgebend ist folglich ein nachgewiesener Gruppenhass. Demgegenüber ist nach § 211 II S. 2 Nr. 3 AE der Nachweis einer solchen gruppenzerstörerischen Absicht nicht notwendig. In Abgrenzung zu § 6 VStGB ist die Erfassung des individuellen Gruppenhasses Aufgabe des nationalen Lebensschutzes. Zu-

dem bleibt national hinreichend Spielraum, der Kompromißhaftigkeit der Art der Gruppe in § 6 VStGB, bedingt durch völkerstrafrechtliche Gegebenheiten, zu begegnen. Über den Kreis der dort festgelegten Gruppen hinaus muss sichergestellt werden, dass auch bei anderen Tötungen wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe schärfere Strafen verhängt werden können. So wird etwa der Hass gegenüber Frauen oder Homosexuellen nach § 6 VStGB nicht erfasst. Daher erweist sich die Notwendigkeit, solche Fälle von Hass strafscharfend zu berücksichtigen, bei denen jedem Mitglied der betroffenen Gruppe die Existenzberechtigung abgesprochen wird und demgemäß gesellschaftliche Weiterungen im Hinblick auf die Lebenssicherheit von Mitgliedern dieser Gruppen zu befürchten sind.

4. Nr. 4: Tötung nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen

Das bisherige Mordmerkmal der grausamen Tötung zeichnet sich dadurch aus, dass der Täter dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen zufügt. Darüber hinaus verlangen Rechtsprechung und herrschende Meinung im Schrifttum, dass die Vorgehensweise des Täters einer rohen, gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung entspringt. Dies führt zu einer schwerlich akzeptablen Subjektivierung des Straftatbestandes.

Demgegenüber versteht sich die „grausame Tötung“ nach dem neuen Leitprinzip als eine gesteigerte Form der Lebensvernichtung (Zufügung von erheblichen körperlichen oder seelischen Qualen), in der eine Bedrohlichkeit der Lebenssicherheit der Allgemeinheit zum Ausdruck kommt. Zunächst führen die zusätzlichen Qualen, die dem Opfer zugefügt werden, zu einer intensiveren Verletzung der körperlichen oder psychischen Integrität. Die mit dieser Handlung verbundene Unrechtssteigerung legitimiert die Bewertung eines solchen Vorgehens als Mord mit der Rechtsfolge „lebenslang“ dann, wenn die Wirkungen des Vorgehens nicht auf die Tat beschränkt sind, sondern darüber hinaus geeignet erscheinen, die Lebenssicherheit der Bevölkerung zu bedrohen. Dieses Mordmerkmal wird durch eine absolute Missachtung des Rechtswerts charakterisiert, das gewisse Parallelen zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufweist (§ 7 I Nr. 5 VStGB). Durch die mittels der Tötungshandlung belegte Bereitschaft zu schmerzhaftem, qualvollem Peinigen von Menschen wird mit der Art der Tötung dokumentiert, dass fundamentale Hemmschwellen gegenüber dem Rechtswert Leben abgebaut sind. Sofern dieser Abbau nicht auf diese singuläre Tat beschränkt ist (und ihr mit einer hohen Freiheitsstrafe nach § 211 I AE zu begegnen ist), etwa weil dieses Quälen einem opfergebundenen konfliktbedingten Affekt entspringt und deshalb die Regelvermutung zu verneinen ist, sofern potentiell also jedermann Opfer einer solchen Tat durch

einen entsprechenden Täter werden könnte, ist „lebenslang“ nicht nur angebracht, sondern aus generalpräventiven Gründen auch notwendig.

Dabei folgt aus dem Erfordernis „besonders erhöhtes Unrecht“, dass nicht die „Unnötigkeit“ einer Schmerzzufügung ausschlaggebend ist, sondern vielmehr der objektive Maßstab der tatsächlich zugefügten Leiden. Entscheidungserheblich sind die Art der Tötung, Stärke, Dauer und typischerweise Wiederholungen der körperlichen Beeinträchtigungen. Selbst bei grauenhaftem Tatbild kann dabei der einmalige Beilieb ebenso wenig genügen wie das Zuziehen der um den Hals des Opfers gelegten Schlinge.

Mit der h.M. zum bisherigen Mordmerkmal grausam und in Übereinstimmung mit Art. 7 I Nr. 5 VStGB wird nicht nur die Zufügung körperlicher, sondern auch das Bewirken starker seelischer Leiden erfasst. Dem Einwand, für seelische Qualen fehle es an einem tauglichen Maßstab, wird durch die gesetzliche Einführung einer Erheblichkeitsschwelle Rechnung getragen. Es genügen danach regelmäßig nicht psychische Belastungen, wie sie mit jeder nicht spontan erfolgten Tötung einhergehen. Dem bloßen Wissen des Opfers bei sog. protrahierter Tötung um die spätere Lebensvernichtung wird in der Regel mit § 211 I AE gebührend Rechnung getragen werden können – sofern sich nicht im Intentionsunwert und den objektiven Umständen jene absolute Missachtung des Rechtswerts Leben manifestiert. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Tatopfer in der Nazi-Zeit vor Abtransport in ein Vernichtungslager Erniedrigungen ausgesetzt, geschlagen und getreten wurden und die Erschießung anderer Opfer mit ansehen mussten, oder wenn es um psychische Formen der Folter geht. Die Erheblichkeitsschwelle dürfte auch dann überschritten sein, wenn der zur Tötung entschlossene Täter dem Zufallsopfer sein Instrumentarium zur Durchführung der Tötung zunächst demonstrativ im Detail vor Augen führt und das Opfer in Todesangst gerät.

Umgekehrt gehört das Vernachlässigen von (Klein-)Kindern und Schutzbefohlenen mit Todesertritt nicht per se zum „Kernbereich grausamer Tötungen“. Jedenfalls soweit diese Passivität ihre Bindung in einem einmaligen Täter-Opfer-Konflikt hat, wie etwa bei sozial und psychisch überforderten Eltern, und deshalb über die singuläre Vernachlässigung hinaus keine gesellschaftlichen Weiterungen zu befürchten sind, ist mangels Gemeinschaftsbedrohlichkeit kein Raum für die Annahme dieses Regelmerkmals. Anderes kann bei einem Leiter eines Kinder- oder Altenheims gelten, der systematisch die notwendige Pflege vernachlässigt, woraus eine Lebensbedrohung für beliebige Opfer der Bevölkerung folgt.

Die besonders qualvolle Tatausführung muss objektiv und subjektiv (Vorsatz) Bestandteil der Tötungstat sein, die mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung beginnt. Dies wird mit der Formulierung der Tötung „nach Zufügung“ erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen klargestellt. Daher genügt eine Tötung im Anschluss an eine quälereisiche, ohne Tötungsvorsatz zugefügte Verletzung ebenso wenig wie eine grausame Körperverletzungshandlung nach aufgegebenem Tötungsvorsatz.

5. Nr. 5: Tötung um des Tötens willen

Anstelle des geltenden Mordmerkmals „Mordlust“ wird neu eine rationalisierte Formulierung vorgeschlagen (Tötung um des Tötens willen), ohne, wie es der Deutsche Juristentag 1980 glaubte tun zu müssen, dieses Mordmerkmal rundum zu verabschieden. Damals war für den Verzicht ausschlaggebend, dass „Mordlust“ erstens praktisch unbedeutend sei und man zweitens Einzelfällen über eine Öffnung der Regelbeispielstechnik „nach oben“ gerecht werden könne. Letzteres verbietet sich für unsere Neukonzeption, wie ausgeführt, und im Hinblick auf die praktische Bedeutung ist zu registrieren, dass Tötungen um des Tötens willen offenbar zunehmen. Es geht um Fälle wie den Tessiner Doppelmörder, bei dem die Tötung erfolgte, um in Erfahrung zu bringen, „wie es sich anfühlt, einen Menschen zu töten“, um Tötungen aus dem Hinterhalt (wie im Fall der beiden „Sniper“ in Washington 2002), um den Nagelbomber von London 2007, weiter um Fälle sportlichen Jagens von Opfern oder Tötungen aus reinem Mutwillen. Thema ist aber nicht „unnatürliche Freude“, vielmehr geht es um Tötungen ohne jeden äußeren Anlass durch das Opfer, bei denen der Täter den Rechtswert Leben seinen solipsistisch-homophoben Interessen unterwirft, wodurch in der Tat eine prinzipielle, vom individuellen Träger gelöste Missachtung menschlichen Lebens zum Ausdruck kommt. Auf dieser Linie liegt im Grunde auch die neuere Rechtsprechung des BGH.

Kennzeichnend ist, dass das Opfer für den Täter beliebig austauschbar ist, so dass jeder Bürger potentiell Opfer werden könnte. Kennzeichnend ist weiter, dass in der Motivation des Täters die Negierung des menschlichen Lebens als Selbstwert zum Ausdruck kommt. Die Beliebigkeit der Opferauswahl, verbunden mit der Motivation, das Leben eines anderen Menschen allein zum Spielball seiner Interessenbefriedigung zu machen, demonstriert Wirkungen, welche über die einzelne Tötungstat hinausgehen und die Lebenssicherheit der Allgemeinheit bedrohen, womit erhöhtes Unrecht (Intentionsunwert) korrespondiert.

Aufgrund der Ausrichtung der Motivation des Täters auf die Tötung des Opfers ist mit der h.M. zum Mordmerkmal „Mordlust“ ein Handeln mit direktem Tötungsvorsatz zu verlangen. Die Annahme verminderter Schuldfähigkeit steht, wie stets, nicht entgegen.

6. Nr. 6: Tötung zum Zwecke der sexuellen Erregung

Bestimmte Fälle der Tötung zur Erregung bzw. zur Befriedigung des Geschlechtstriebes sind wegen ihrer Gleichwertigkeit im Hinblick auf die Bedrohung der Lebenssicherheit ebenfalls zu erfassen.

Es geht um die Instrumentalisierung eines Menschenlebens für egoistische Alltagsinteressen. Die in dieser Motivation zu Tage tretende absolute Mediatisierung des Rechtswerts Leben erscheint im Hinblick auf eine sexuelle Triebhaftigkeit dann als bedrohlich für die Lebenssicherheit der Bevölkerung, wenn Weiterungen über die Einzeltat hinaus zu befürchten sind.

Aus solchen Präventionsgründen kann es, anders als im geltenden Recht, nicht darauf ankommen, ob sich der Täter nur sexuell erregen oder auch befriedigen will. Mit der Formulierung „Tötung zum Zwecke der sexuellen Erregung“ wird nicht bloß ein Endziel, die Interessenbefriedigung, erfasst, sondern – anders als im geltenden Recht – bereits das notwendige Durchgangsstadium, die sexuelle Stimulierung. Ebenso wenig ist ausschlaggebend, ob sich der Täter erst an der Leiche sexuell stimulieren oder befriedigen will oder bereits durch den Tötungsakt, oder ob er den Tod des vergewaltigten Opfers nur bedingt in Kauf nimmt. Denn im Hinblick auf das Leitprinzip sind diese Differenzierungen ohne Bedeutung. Ebenso wenig kann danach ausschlaggebend sein, ob der Täter die Tötung durchführt, um sich oder andere, etwa mittels Verwendung von entsprechendem Material aus dem Internet, geschlechtlich zu erregen.

Maßgebend muss vielmehr sein, ob sich Tat und Opfer als beliebig aufdrängen oder (umgekehrt) die Tat in einen singulären partnerschaftlichen Konflikt eingebunden ist. Die Regelvermutung kann zudem durch Gegenindikatoren des Privilegierungstatbestandes aufgehoben sein.

7. Nr. 7: Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat

Der Arbeitskreis hat lange um die Antwort auf die Frage gerungen, ob und inwieweit die im geltenden Recht problematischen Merkmale der Tötung zur Ermöglichung einer Straftat und der Tötung zur Verdeckung einer Straftat in den neuen Regelmerkmalskatalog aufzunehmen sind. Er hat sich im Ergebnis für die Aufnahme entschieden, wobei sich aufgrund des neuen Leitprinzips im Vergleich zum geltenden Recht Unterschiede ergeben. Reformbedarf ist vor allem auch im Hinblick auf die Quersprünge der Senate des BGH im Zusammenhang mit der Verdeckungsabsicht angebracht.

a) Ermöglichungsabsicht

Weniger problematisch ist zunächst die Einbindung der Ermöglichungsabsicht in § 211 II AE. In der mit der Tötungshandlung manifestierten Bereitschaft, einen anderen Menschen für ein kriminelles Endziel zu opfern, wird typischerweise eine gefährliche Geringschätzung von menschlichem Leben offenkundig, die dann über die einzelne Tötung hinausgeht, wenn gleichsam jeder Bürger Opfer dieser Tat werden könnte. Dabei liegt die Begründungslast für einen Wiederholungsanreiz bezüglich der einschlägigen Straftaten beim Tatgericht. Dass erhöhtes Unrecht vorliegt, ist bei Tötung als funktionalem Mittel zur Verwirklichung weiteren schweren Unrechts, bei Eigentums- und Vermögensdelikten oder Sexualstraftaten von beliebigen Opfern etwa, besonders augenfällig.

Danach lassen sich auch einige Fälle, die im geltenden Recht umstritten sind, konsequenter lösen.

Nach dem Leitprinzip ist klar, dass die zur Tötung geeignete Handlung die Basis der Bewertung bildet. Entsprechend lässt sich die Streitfrage, ob Ermöglichungsabsicht vorliegen kann, wenn der Täter zur Förderung der Anschlussstat den Tod des Opfers nicht gezielt bezweckt, sondern ihn nur bedingt vorsätzlich in Kauf nimmt, um sein deliktisches Vorhaben verwirklichen zu können, beantworten: Es genügt, wenn die zur Tötung geeignete Handlung vom Täter als Mittel zur Begehung einer weiteren Straftat angesehen wird, so etwa bei gewaltsamen sexuellen Übergriffen, bei denen der Täter bei Vornahme des Nötigungsakts mit dem vorzeitigen Tod eines beliebigen Opfers bedingt vorsätzlich rechnet.

Über die Begründungslast für die über die Tötung hinausgehenden Wirkungen, die beim Gericht liegt, ergibt sich eine weitere Einschränkung dadurch, dass weder die Tötungstat noch die Zieltat Gegenstand eines opfergebundenen Konflikts sein dürfen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Ehemann, der das gemeinsame Kind entführt hat, seine Ehefrau erschießt, um den andauernden Freiheitsentzug fortsetzen zu können.

Ein zusätzlicher Unterschied ergibt sich dadurch, dass Tötungen zur Ermöglichung nicht von Straftaten, sondern von extra-kriminellem Unwert weder von diesem Regelmerkmal noch ansonsten von § 211 II AE erfasst sind. Es geht um Tötungen, um eine Parklücke oder sonstige Vorteile zu erlangen, die lediglich Ordnungscharakter haben oder aus anderen Gründen sozial anstößig erscheinen, wie etwa eine Tötung, um an der Kasse nicht die zeitaufwendigen Regeln des Schlangestehens einhalten zu müssen, sondern schneller abgefertigt zu werden.

Nach geltendem Recht fallen diese Tötungskonstellationen regelmäßig unter die „niedrigen Beweggründe“. Durch die ersatzlose Streichung dieses Mordmerkmals und des „nach oben“ abschließenden Charakters der Regelmerkmale ist diese Möglichkeit nach § 211 II AE verschlossen. Für derartige Tötungen stellt indes § 211 I AE mit der Obergrenze von 15 Jahren Freiheitsstrafe einen angemessenen Strafraum zur Verfügung. Denn bedenkt man, dass bei nichtigem Anlass typischerweise affektbedingte Schuldinderung vorliegt, so verbietet das Schuldprinzip darüber hinaus gehenden Präventionsbedarf, der etwa in der bei nichtigem Anlass besonderen Degradierung des Rechtswerts Leben gesehen werden könnte. Weitergehendem Präventionsbedarf ist unter den Voraussetzungen der (gegebenenfalls nachträglichen) Sicherungsverwahrung außerhalb einer hohen zeitigen Freiheitsstrafe Rechnung zu tragen.

b) Verdeckungsabsicht

Das Mordmerkmal Verdeckungsabsicht ist aus vielerlei Gründen problembelastet. Zum einen wird es als zu restriktiv empfunden: Sofern die Vortat keine Straftat darstellt, etwa bei Tötung eines Polizisten zur Verdeckung eines Geschwindigkeitsverstoßes im Straßenverkehr, ergebe sich aus einem durch den nichtigen Anlass begründeten „Erst-recht-Argument“ zwar nicht die Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes, jedenfalls aber wegen Tötung aus niedrigen Beweggründen. Nach unserer Ansicht gilt Gleiches wie bei der Ermöglichungsabsicht: Zeitige Freiheitsstrafe nach § 211 I AE und gegebenenfalls Sicherungsverwahrung.

Weiter wird die Nichterfassung der Verfolgungsvereitelung (mangels Aufdeckung der Tatbeteiligung) kritisiert. Die h.M. sucht im geltenden Recht Zuflucht wiederum im Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Indes ist der Tötung zur bloßen Fluchtermöglichkeit oder Festnahmevereitelung durch eine lange zeitige Freiheitsstrafe nach § 211 I AE angemessen Rechnung getragen.

Zum anderen wird das Mordmerkmal entweder generell als zu extensiv angesehen, oder es wird jedenfalls für Grenzfälle Einschränkungsbedarf angemeldet, wofür bislang aber ein klarer gesetzlicher Maßstab fehle. Typische Problemfälle, welche die Divergenzen in den Senaten des BGH ausgelöst haben, stellen spontane und konfliktbedingte Körperverletzungen dar, an die sich innerhalb eines einheitlichen Tatgeschehens die Verdeckungstötung anschließt.

Nach dem Leitprinzip bemisst sich die Legitimität eines Regelmerkmals an dem besonders erhöhten Unrecht der Straftat, deren Wirkungen über die individuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer hinausweisen. Bei der Verdeckungsabsicht ist dabei auch die Tatgenese in den Blick zu nehmen und mit darauf abzustellen, ob der Täter bereits mit der Vortat ein potentiell lebensbedrohendes Risiko schafft, das geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Dies ist dann der Fall, wenn jeder beliebige Bürger Opfer der darauf folgenden Straftat werden könnte. Wenn der Täter sich im Mitbewusstsein eines nicht ausschließbaren Überraschtwerdens durch andere für die Vortat entscheidet, sich sodann jenes Risiko durch Anwesenheit beliebiger Dritter realisiert und der Täter gleichwohl mit Verdeckungsabsicht lebensbedrohlich handelt, ist es in diesem Fall einer Eskalation legitim, dem erhöhten Unrecht strafscharfend entgegenzutreten; wegen des deliktischen Vorverhaltens ist dies auch vom Schuldgrundsatz gedeckt. Auf der gleichen Wertungsstufe liegt der Fall, dass sich die Gefährlichkeit speziell der Verdeckungshandlung auf beliebige Bürger erstreckt, sei es um Strafe oder sonstige gravierende Nachteile zu unterbinden.

Demnach verfängt der häufige Hinweis auf Friktionen mit dem privilegierenden Selbstbegünstigungsprinzip in diesem Kontext gerade nicht. Selbstbegünstigung führt sowohl nach deutschen als auch nach europäischen Maßstäben jedenfalls dann nicht zu einer Privilegierung des Täters, wenn die einschlägige Handlung mit erheblichen Eingriffen in fundamentale Rechte Dritter verbunden ist; sie ist stets normativ zu bewerten.

Umgekehrt folgen aus dem Leitprinzip Einschränkungen, wenn die Art der Verdeckungshandlung nicht geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Daher kommt es für eine Grenzziehung nicht darauf an, ob der Verdeckungstäter hinsichtlich des tödlichen Erfolgs mit direktem oder nur bedingtem Vorsatz handelt, und ebenso wenig sind Art oder Dauer einer Zäsur von maßgebender Bedeutung. Deshalb ist der Wechsel der Tatwaffe irrelevant. Und auch die Spontanität der Verdeckungstötung ist nicht das ausschlaggebende Parameter für Entlastung, ebenso wenig wie umgekehrt das Vorliegen eines vor der Straftat gefassten Entschlusses.

Vielmehr ist nach dem Leitprinzip maßgebend, ob das Gesamtverhalten in einen singulären, opferbezogenen Konflikt eingebunden ist und die Wirkungen der Tat auf das individuelle Opfer eingegrenzt sind.

Dies ist zunächst dann gegeben, wenn die Vortat sich als personengebundener, häufig schicksalhafter Konflikt versteht und dadurch auch die Verdeckungstat ihr Gepräge erhält. Sofern sich die Wirkungen der Verdeckungstat auf die Lösung dieses Konflikts beschränken, ist stets die Regelvermutung widerlegt. Dies ist typischerweise der Fall bei einer Verdeckungstötung der Lebenspartnerin, der zuvor eine Körperverletzung zugefügt wurde.

Nach dem Leitprinzip liegen die Fälle auf derselben entlastenden Wertungsstufe, in denen zwar nicht unbedingt die Vortat konfliktgebunden erscheint, sich jedoch die Verdeckungstötung strikt auf ein singuläres Opfer beschränkt. So ist die Regelvermutung zu verneinen, wenn der Täter seine strafanzeigewillige Ehefrau tötet, die ihm wegen sexueller Handlungen mit Kindern auf die Schliche gekommen ist.

Dagegen kommt eine Ablehnung des Regelmerkmals nicht in Frage, wenn es bei der Verdeckungstötung zwar aus der Sicht des Täters um ein individualisiertes Konfliktopfer geht, jedoch sowohl Konflikt als auch Individualisierung des Täters ihren Ursprung allein in der Vortat des Täters haben, so etwa wenn bei einem Raub der Täter sich später überlegt, einen beliebigen Zeugen, der die Straftat beobachtet hat, zu töten. Aus präventiver Sicht versteht es sich, dass aus dem ursprünglichen Zufallsoffer nicht im Wege zeitlichen Abstandes ein Konfliktopfer werden kann. Und auch Schuldgesichtspunkte stehen nicht entgegen, weil, wie

eingangs begründet, der Entscheidungszeitpunkt vor der Vortat das maßgebende Datum darstellt.

Ebenso wenig ist die Regelvermutung widerlegt, wenn zwar die Vortat in einen schicksalhaften Personenkonflikt eingebunden ist, dagegen die Verdeckungstötung beliebige Bürger zum Gegenstand hat. Jene entlastende Ausstrahlungswirkung des Vortatgeschehens ist etwa limitiert, wenn der Täter zunächst einen Angehörigen aus Mitleid tötet, sich die Verdeckungstat dagegen auf einen beliebigen Zeugen bezieht, zum Beispiel den Postboten oder den Nachbarn, die zufällig die Vortat wahrnehmen. Anders als im geltenden Recht verläuft die Grenzziehung deshalb nicht in Abhängigkeit von subtilen Anforderungen zur inneren Tatseite oder von einem ungewissen zeitlich/räumlichen Abstand zwischen Vortat und Verdeckungstat, sondern durch den das Gesamtverhalten beherrschenden Gedanken des opfergebundenen Personalkonflikts, der seine entlastende Wirkung gesetzlich – im Wege einer Widerlegung der Regelvermutung – dann erfährt, wenn keine Weiterungen über die Verdeckungstat hinaus zu erwarten sind.

Entsprechend gilt, dass für den wider Erwarten vom zufälligen Zeugen erkannten Täter eines Raubüberfalls, der meint, nun aufs Ganze gehen und sich den Weg frei schießen zu müssen, keinerlei Grund für Strafmilderung ersichtlich ist, unerheblich, ob er situativ in Selbstbegünstigungsabsicht gehandelt hat oder ihn Erregung, Furcht, Wut oder Kopfflosigkeit gelehrt haben. Die Grenze markieren hier nicht die §§ 20, 21 StGB, sondern § 211 AE.

Für die ebenfalls umstrittenen Fälle der Tötung unbeteiligter Personen, von denen, wie der Täter weiß, keinerlei Entdeckung droht, wobei der Täter bei Vornahme der Verdeckungshandlung mit Eventualvorsatz handelt, gilt Folgendes: Der Schwerpunkt der Grenzziehung bemisst sich nicht nach der Form des Vorsatzes, sondern, wie ausgeführt, nach der Bedrohlichkeit der Handlung. Soweit sich die Gefährlichkeit der Handlung auf Zufallsopfer erstreckt, wie in einigen von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, soweit also die Handlung geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen, wird das Regelmerkmal erfüllt.

Nach diesen Grundsätzen ergeben sich auch überzeugende Antworten auf die ebenfalls umstrittenen Tötungen zur Kaschierung außerstrafrechtlicher Verdeckungszwecke. Es geht um die Tötung zur Vermeidung beruflicher, gesellschaftlicher oder finanzieller Nachteile; an-

lässlich einer Straftatbegehung sollen durch die Beseitigung von Aufdeckungswilligen die mit der Offenbarung der Tat zusammenhängenden Folgen unterbunden werden.

Vom Wortlaut und vom Unrechtsgehalt her ist gegen die Bejahung der Verdeckungsabsicht auf der Grundlage des Leitprinzips zunächst nichts Prinzipielles einzuwenden, sofern man sich im Hinblick auf die spezifische Unrechtsqualität auf gravierende Nachteile verständigt. Der zu Recht kritisierte Verlust an Konturen und Bewertungssicherheit (durch Verzicht auf Straf-Verfolgung) lässt sich mit unserem Entwurf dadurch kompensieren, dass die über die Tötung hinausgehenden Wirkungen der Verdeckungshandlung rechtliche Bedeutung erlangen. Deshalb ist maßgebend, ob es bei Tötungen zur Kaschierung außerstrafrechtlicher Verdeckungszwecke um beliebige Aufdeckungswillige geht oder die Tat als in einen begrenzten opfer-spezifischen Konflikt eingebunden erscheint. Diese Maßgabe wird zur Ablehnung des Regelmerkmals in all jenen Fällen führen, in denen die Verdeckungstat Sinn und Bedeutung nicht durch die Vortat des Täters erlangt, sondern durch ein Verhalten des Opfers, das den Konflikt der Verdeckungstat neu entfacht, und die Tathandlung auf die Lösung dieses Konflikts beschränkt ist. Dies gilt etwa, wenn ein Erpresser (das spätere Opfer) dem Täter mit der skandalträchtigen, ehrenrührigen Aufdeckung einer nicht mehr verfolgbaren Straftat droht. Und auf derselben Wertungsstufe der fehlenden Weiterungen über die Tat hinaus liegt es, wenn ein Tatgenosse beseitigt wird, der die Tat an konkurrierende Verbrecherkreise zu verraten droht, um diesen ein Abjagen der vom Täter erlangten Beute zu ermöglichen.

Der BGH dürfte demgegenüber derartige Fälle unter Berufung auf die Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht als Verdeckungsmord qualifizieren. Indes zeigen sich hier eindrücklich die normativen Grenzen einer qualitativ beliebigen Unrechtskumulation – was von der Lehre zu Recht kritisiert wird: Diese formale Additionsformel ist zur Legitimation der Höchststrafe nicht geeignet. Für derartige Fälle ohne bedrohliche Weiterungen steht die zeitige Freiheitsstrafe des § 211 I AE zur Verfügung. In der Rechtsfolge sollte damit Einigkeit mit den Stimmen im Schrifttum bestehen, welche die Fälle mit außerstrafrechtlichen Verwendungszwecken der Gesamtwürdigung der „niedrigen Beweggründe“ zuweisen.

8. Nr. 8: Tötung im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen

Das bisherige Mordmerkmal „Habgier“ hat sich aus vielerlei Gründen als fragwürdig erwiesen. Die Rechtsprechung umschreibt „Habgier“ mit kraftvoll moralisierenden Wertungen.

Dies ist zwar auf der Grundlage einer reinen Verwerflichkeitsbetrachtung konsequent, doch welche Quantität und Qualität eine „Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß“ oder eine „hemmungslose Eigensucht“ aufweisen muss, um die Höchststrafe zu legitimieren, bleibt offen. Denn eine Gesellschaft, die auf Gewinnerzielung aufbaut, kann die Alltäglichkeit des Vermögenszuwachses nicht per se als besonders verwerflich oder gefährlich stigmatisieren. Die markante gesetzliche Unterscheidung ist deshalb zentrales Anliegen. Die „Ungewöhnlichkeit des Gewinnstrebens“ kann dabei ebenso wenig genügen wie die Frage nach der „Bewusstseinsdominanz“ des Strebens nach Vermögenszuwachs. Vielmehr bedarf es einer Erweiterung der Perspektive. Dies geschieht zunächst durch eine Neuformulierung des Mordmerkmals.

Mit der Formulierung „im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen“ soll zunächst für Rationalität bei der Interpretation Sorge getragen werden. Zugleich soll in Umsetzung des Leitprinzips klar gestellt werden, dass das schlichte Verfolgen von Vermögenszuwachs, auch um den Preis eines Menschenlebens, nicht genügt, die Höchststrafe zu legitimieren. Das bloße Vorliegen jener Absicht bleibt ein Fall des Mordes nach § 211 I AE. Mit dem Erfordernis „im Streben nach“ soll deshalb zum Ausdruck gebracht werden, dass für § 211 II AE eine spezifische Gefährlichkeit von Tat und Täter gefragt ist. Erfasst sind damit die klassischen Fälle, also die Taten gedungener Killer ebenso wie der Raubmord.

Der Arbeitskreis ist sich darüber im Klaren, dass die gewählte Formulierung gleichwohl vergleichsweise geringe Vermutungswirkung besitzt. Will man angesichts der genannten eindeutigen Fälle auf ein derartiges Mordmerkmal nicht rundum verzichten, so kommt entsprechend der Schwereskala der Regelmerkmale zwangsläufig den Vorgaben des Leitprinzips und damit auch der Begründungslast der Gerichte gesteigerte Bedeutung zu. Wegen der Notwendigkeit einer Ausbalancierung von richterlicher Freiheit und Rechtssicherheit sind deshalb in Ableitung aus dem Leitprinzip entschiedenere Wegleitungen vonnöten.

Über die individuelle Tötung hinausgehende Wirkungen auf die Lebenssicherheit der Allgemeinheit stehen dann zu befürchten, wenn in der Tat zum Ausdruck kommt, dass das Opfer austauschbar ist und deshalb diese Tötungssituation wiederholbar erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter zum Zwecke der Vermögensbildung ohne personengebundenen Anlass buchstäblich „über Leichen geht“, er damit nicht bloß individuelles Leben, sondern diesen Rechtswert an sich für seine wirtschaftlichen Interessen instrumentalisiert. Diese Ver-

dinglichung der Menschqualität deutet auf eine stabile, werteverstobene Korrumpierung des Täters hin, die, wenn sie in der Tat dokumentiert wird, die allgemeine Lebenssicherheit bedroht.

Folglich müssen bei der Tötung Anhaltspunkte dafür vorliegen und bewiesen sein, dass ungezügeltos Gewinnstreben um den Preis zum Einsatz gelangte, beliebigen Lebens für materielle Ziele zu opfern, dass also jeder beliebige Bürger Opfer der Straftat werden könnte. Dies ist im Gesetz mit dem Erfordernis eines habituellen Wiederholungsmoments („im Streben“) markiert. Umgekehrt ist die Regelvermutung umso eher zu verneinen, je mehr sich die Tat als Ausdruck einer schicksalhaften Konfliktlage oder einer singulären Notsituation versteht und sie durch eine spezifische Opfergebundenheit geprägt ist, die Rückschlüsse auf eine Wiederholungsgefahr unterbinden. Diese erhöhte Begründungslast trifft das Gericht.

Nach diesen Maßgaben spielt es keine Rolle, ob der Täter eine außergewöhnliche Bereicherung erlangen will oder der angestrebte wirtschaftliche Vorteil gering ist. Und ebenso wenig ist von ausschlaggebender Bedeutung, ob es dem Täter um bloße Besitzerhaltung oder um Vermögenszuwachs geht.

Im Einzelnen ergibt sich folgendes:

Die umstrittenen Fälle der Tötung zur Abwendung einer Unterhaltspflicht lösen nach dem Leitprinzip in der Regel nicht die Höchststrafe aus. Dies folgt freilich nicht aus einer kaum trennscharfen Verwerflichkeitsbetrachtung, also ob die Erhaltung von Vermögen weniger verwerflich sei als der Erwerb von Vermögen, sondern bemisst sich nach den objektiven Kriterien der Tat. Sofern, wie im praktischen Regelfall, ein schicksalsbestimmter Personalkonflikt vorliegt und auch im Übrigen nichts auf eine Wiederholungsgefahr hinweist (wobei bloße Befürchtungen, wer sich einmal im Wege der Tötung einer Unterhaltsverpflichtung entzogen habe, dies auch zukünftig tun könnte, natürlich nicht ausreichen), ist dies kein Fall des § 211 II AE. Für derartige begrenzte Tötungen, wie z.B. die Tötung einer schwangeren Frau zur Abwendung der Unterhaltspflicht für das vom Täter gezeugte ungeborene Kind, ist § 211 I AE zuständig.

Nach denselben Kriterien löst sich die ebenfalls umstrittene Tötung zur Durchsetzung eines dem Täter zustehenden rechtmäßigen Vorteils. Der Täter erstrebt einen rechtskonformen Zustand der Güterordnung. Im Kontext von Raub und Erpressung werden gewaltsame Aktionen zur Durchsetzung (vermeintlich) berechtigter Ansprüche milder bewertet als Gewaltanwendungen zur Erreichung rechtswidriger Vorteile. Diese Bewertung von Selbsthilfemaßnahmen findet jedenfalls dort ihre Grenze, wo die Tat nicht auf einen Individualkonflikt beschränkt ist, sondern darüber hinaus Interessen der Allgemeinheit berührt sind. Dies ist beim Schutz des Rechtswerts Leben dort der Fall, wo der Eindruck der beliebigen Austauschbarkeit der Opfer entsteht, weil der Täter aus bedingungslosem Vorteilsstreben generell über Leichen geht und deshalb die Lebenssicherheit der Allgemeinheit in Frage steht. Es geht etwa um Fälle professioneller Schuldeneintreiber, bei denen jeder potentielle Schuldner Opfer der Straftat werden könnte.

9. Entbehrlich: „niedrige Beweggründe“ und „Heimtücke“

In der vorgelegten Konzeption, die richterliche Freiheit und Rechtssicherheit bei den Tötungsdelikten neu ausbalanciert, ist kein Raum für die bisherigen Mordmerkmale „Tötung aus niedrigen Beweggründen“ und „Heimtücke“. Dem Kriterium der unrechtserhöhenden Gemeinschaftsbedrohlichkeit halten beide Mordmerkmale nicht stand.

Die niedrigen Beweggründe sind geradezu der Antagonist zu einer auf Objektivierung angelegten Gefährlichkeitskonzeption. Es ist nicht zu vermeiden, dass ein Merkmal, das als Generalklausel auf das Motivationsgefüge in seiner Gesamtheit Bezug nimmt, das somit ungeleitet auf die „Nacht des Inneren“ verweist, in seiner Grundstruktur Beliebigkeit bei der Feststellung und bei der Bewertung fördert und damit das Entstehen einer richterlichen Schattenwelt begünstigt. Versuche, die „niedrigen Beweggründe“ stärker im Sinne einer Gefährlichkeitslösung zu interpretieren, mindern zwar die Symptome, ändern aber nichts an dem Grunddilemma, nämlich dass von dieser Motivgeneralklausel keinerlei Indikationswirkung im Hinblick auf gemeinschaftsbedrohliche Weiterungen der Tat ausgehen kann. Soweit sich unter Gefährlichkeitsaspekten bestimmte Motivgruppen trennen lassen, wie etwa die Tötung einer Person aus purer Intoleranz allein aufgrund deren Zugehörigkeit zu einer Gruppe, so ist hierfür neu § 211 II Nr. 3 AE einschlägig. Vergleichbares gilt für eine Tötung um des Tötens willen als Spezialfall der niedrigen Beweggründe (§ 211 II Nr. 5 AE) und die Tötung zum Zwecke der sexuellen Erregung (§ 211 II Nr. 6 AE), die im geltenden Recht über die Motivgeneralklausel pauschal erfasst war.

Ein weitergehender Bedarf besteht nicht. Die verbleibenden Fälle lassen sich sachgerecht als Mord nach § 211 I AE erfassen. In der Tat wäre der Preis für die Beibehaltung eines Auffangtatbestands, wie er bisher den „niedrigen Beweggründen“ zukommt, und damit eine allgemeine Öffnung der Regelmerkmale „nach oben“, zu hoch, denn diese Lösung würde ein Anliegen des Arbeitskreises, nämlich die Unterbindung einer richterrechtlichen Parallelwelt, unterlaufen.

Deshalb ist, in Übereinstimmung mit § 100 II AE 1970, dem Gutachten zum 57. Deutschen Juristentag von Albin Eser und der überwiegenden Mehrheit deren Sitzungsmitglieder, auf dieses Mordmerkmal zu verzichten.

Dies gilt, wiederum in Übereinstimmung mit der Mehrheit des Deutschen Juristentags 1980 und dem AE 1970, im Ergebnis ebenso für das Mordmerkmal Heimtücke.

Auch dieses Merkmal ist mit dem neuen Leitprinzip nicht zu vereinbaren. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass der Täter, der das Opfer überrascht und dadurch in seiner Verteidigung behindert, „fremdes Leben leichter und sicherer als sonst vernichtet“. Diese größere Gefährlichkeit für das Opfer durch Ausnutzung des Überraschungsmoments ist aber keine taugliche Grundlage, um den Sprung zu lebenslanger Freiheitsstrafe zu erklären. Im geltenden Recht geht dies schon deshalb nicht, weil kein Differenzierungsgrund ersichtlich zu demjenigen Täter ersichtlich ist, der dem Opfer offen gegenübertritt, weil er physisch so überlegen ist, dass er sich diese Offenheit leisten kann, fremdes Leben ebenfalls „leichter und sicherer als sonst zu vernichten“.

Unter Geltung des Leitprinzips erweist sich Heimtücke sogar als dysfunktional: Denn strukturell setzt dieses Merkmal eine individualisierte Täter-Opfer-Beziehung voraus, mit der, wie alle Erfahrung zeigt, typischerweise eine jedenfalls schwelende Konfliktsituation korrespondiert. Mithin sind in der Regel keine Weiterungen über die Tat hinaus zu erwarten, so dass ein typischer Fall des Mordes nach § 211 I AE gegeben ist.

Aber auch eine Erweiterung des Mordmerkmals Heimtücke, um mittels des Ausnutzens besonderer Vertrauensbeziehungen gefährliche Tötungen im sozialen Fernraum zu erfassen,

etwa den „hinterhältigen Meuchelmord“, empfiehlt sich nicht. Denn der Vertrauensgedanke (sozial-positive Verhaltensmuster) erweist sich unter generalpräventiven Gesichtspunkten gleichsam als „blind“: Weder markiert er ausreichend die besonderen gemeinschaftsbedrohenden Weiterungen über die Tat hinaus (denn besonders gefährlich ist der Täter doch nicht erst dann, wenn er mit einem beliebigen Opfer zuvor ein persönliches Gespräch im Bahnabteil führt), noch trennt dieses Kriterium in irgendeiner Weise die entlastenden Konflikttötungen – es ist folglich für eine Typisierung unter dem Regime des neuen Leitprinzips ungeeignet.

Stattdessen werden bestimmte, für ein beliebiges Opfer besonders gefährliche Begehungsweisen als Mordmerkmal speziell ausgewiesen (insbesondere § 211 II Nr. 2 AE). Darüber hinausgehendem Präventionsbedarf ist mit einer hohen zeitigen Freiheitsstrafe nach § 211 I AE gerecht zu werden.

III. § 212 AE Totschlag

1. Gesetzestext

§ 212 Totschlag

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft, wenn er

1. aus Verzweiflung oder aus Mitleid mit dem Opfer handelt, um sich oder eine ihm nahe stehende Person aus einer ihm ausweglos erscheinenden und allgemein begreiflichen Konfliktlage zu befreien,
2. durch eine erhebliche Straftat des Getöteten, die gegen Leben, Leib oder Freiheit des Täters oder einer ihm nahe stehenden Person gerichtet war, unter dem bestimmenden Einfluss einer heftigen Gemütsbewegung, deren Beherrschung von ihm nicht erwartet werden konnte, zur Tat motiviert worden ist oder
3. durch eine vergleichbare Konfliktlage zur Tötung bestimmt worden ist.

(2) Treffen die Voraussetzungen von Absatz 1 und § 211 Abs. 2 zusammen, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu erkennen.

§ 213 wird aufgehoben.

2. Begründung des Reformbedarfs

a) Allgemein

Solange, wie unter der Geltung des RGStGB 1871, das Kriterium der „Überlegung“ den Mord kennzeichnete, waren jedenfalls die Grundstrukturen der Erschwerungs- und Privilegierungsfaktoren (§ 213 StGB) klar: Selbst bei einer Tötung mit Überlegung war das Tor zu § 213 StGB nicht verschlossen, wenn trotz Überlegung die Tötungshandlung im Affekt ausgeführt wurde. Diese klare Systematik ist durch die Novelle von 1941 zerstört worden. Die mangelnde systematische Stimmigkeit schlägt sich im geltenden Recht nieder. In unserem Entwurf werden die Fragen des § 213 StGB in § 212 AE neu thematisiert.

Man könnte auf den ersten Blick den Streit um den Deliktscharakter des § 213 StGB, nämlich ob es sich um eine bloße Strafzumessungsregel oder einen eigenständigen Privilegierungstatbestand (§ 213 Alt. 1 StGB) handelt, als akademisches Glasperlenspiel abtun, wären damit nicht weitreichende praktische Konsequenzen verbunden.

So ist bei einer Einordnung als Privilegierung nach allgemeinen Grundsätzen der Zugriff auf § 211 StGB versperrt, wenn gleichzeitig Mordmerkmale vorliegen. Umgekehrt verhindert die Einstufung des § 213 StGB als Strafzumessungsregel, dem Täter die Rechtswohltat der Privilegierung zuzubilligen. Da dem Gesetz keine eindeutige Entscheidung zu entnehmen ist, bietet sich eigentlich der – von der herrschenden Meinung abgelehnte - Kompromiss an, bei einem Zusammentreffen von mordqualifizierenden mit privilegierenden Umständen die unrechts- und schuldrelevanten Aspekte gegenseitig zu kompensieren. Dies hätte zur Folge, dass die Strafe den Strafraum des § 212 StGB zu entnehmen wäre.

Freilich gibt das Gesetz hierfür keine Entscheidungshilfe. Gleiches gilt für die Anschlussfrage, ob die Provokationsalternative des § 213 StGB, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, stets zur Anwendung gelangt oder darüber hinaus eine Gesamtwürdigung erfolgen muss.

Der Rückzug des Gesetzes dokumentiert sich auch darin, dass ein Leitgedanke für Tötungen, die nicht bloß singular privilegiierungswürdig sind, sondern typischerweise eine mildere Strafe verdienen, nicht ersichtlich ist. Dieses Monitum trifft sich mit dem beschriebenen Mangel des § 211 StGB, wonach sich bezüglich der Frage der Höchststrafwürdigkeit von Tötungen zwar eine Vielzahl von Auslegungsleitlinien herausgebildet haben (Verwerflichkeitskonzeption, Überlegungskonzeption, Gefährlichkeitslösungen), das Gesetz sich dazu aber nicht eindeutig verhält.

Doch sind es nicht nur die systematischen und konzeptionellen Schwächen des geltenden Rechts, die Reformbedarf begründen, auch erlaubt das Strafgesetzbuch eine nicht akzeptable Relativierung des höchsten Gutes unserer Rechtsordnung. Dabei muss nicht bloß allgemein auf die Sanktionslücke zwischen Mord und Totschlag mit der Privilegierung des § 213 StGB hingewiesen werden. Denn § 213 StGB steht noch weitergehend einer Rechtsprechung nicht im Wege, die beim Vorliegen von gesetzlichen Strafmilderungsgründen (z.B. verminderte Schuldfähigkeit, Versuch) eine Doppelmilderung zulässt und eine Mindeststrafe von drei (!) Monaten legalisiert (§ 49 Absatz 1 Nummer 3 Var. 3 StGB). Dies ist fatal, weil die instanzgerichtliche Wahl der Strafraumen revisionsrechtlich kaum kontrollierbar ist. Deshalb ist Gunther Arzt beizupflichten: „Die §§ 212, 213 bilden ein Musterbeispiel für einen unerträglich weiten Strafraumen“.

b) § 213 1. Alt. StGB

Selbst ungeachtet der im Einzelfall gesetzlich möglichen Talfahrt in den Bagatellbereich kommt der Affekttäter im Hinblick auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Provokationsalternative generell zu billig davon. Denn § 213 1. Alt. StGB ermöglicht eine Interpretation, die für eine privilegierte Tötung jede Kränkung genügen lässt, die nach sozialem Maßstab als irgendwie gewichtig erscheint, selbst wenn diese Provokation nicht einmal den Beleidigungstatbeständen unterfällt. Nach der sog. Tropfentheorie des BGH muss die Kränkung sogar nicht einmal schwer sein, sofern sie angestaute Emotionen zum Überlaufen brachte.

Anstelle einer Unrechtsminderung, die sich durch Nähe zu Rechtfertigungsgründen legitimiert, verlagert sich der Sachgrund der Privilegierung im Grunde auf eine bloße Schuldmin- derung, nämlich die irgendwie nachvollziehbare Gemütsbewegung. Dies ist aus mehreren Gründen problematisch: Auch wenn es wegen des psychisch parallel laufenden Wirkungs- mechanismus sachgerecht ist, so erscheint die Einbeziehung aller blickverengenden und

Hemmungsreduzierenden Affekte als schwerlich mit dem engen Wortlaut des § 213 1. Alt. („Zorn“) vereinbar. Zudem erklärt der Affektzustand, der ja die für die §§ 20, 21, StGB vorausgesetzte Stärke nicht erreichen muss, vielmehr diesen gravierenden Defekten vorgelagert ist, die Schuldinderung nicht hinreichend.

So entsteht eine auf den ersten Blick nicht erklärbare Divergenz zwischen dem niedrigeren Strafraumen des § 213 Alt. 1. StGB und dem über die §§ 21, 49 I StGB gemilderten, höheren Strafraumen des § 212 StGB. Genau besehen fließen die eigentlichen Wertungen praktisch in der menschlichen Begreiflichkeit der heftigen Gemütsbewegung zusammen, die zwar unrechtsmindernde objektive Faktoren, wie etwa eine notwehrähnliche Situation, enthalten kann, aber keineswegs muss. Die gesetzlichen Vorgaben verschwimmen.

Die so und auf weitere Weise, etwa durch Abstellen auf einen motivationspsychologischen Zusammenhang und nicht auf echte Spontantaten („auf der Stelle zur Tat hingerissen“), geöffnete Büchse der Pandora lässt sich danach durch subtile Erwägungen zur Dominanz von bestimmten Affekten nicht mehr schließen – wie es der BGH glaubt tun müssen. Dass dadurch nicht mehr praktikable Abgrenzungsfragen entstehen, wurde mehrfach begründet.

Erschwerend kommt hinzu, dass erstens für den sthenischen Affekt bei den praktisch häufigen Motivbündeln genügen soll, dass er eine „nicht ganz untergeordnete Bedeutung beibehält“, und zweitens bei Vorliegen dieser Voraussetzung zwingend eine Privilegierung anzunehmen ist. Infolge dieser im Gesetz angelegten Großzügigkeit, die Privilegierung zuzubilligen (und insoweit das Gewicht des Vorverhaltens des späteren Opfers zu bagatellisieren), liegt die Gefahr für das Rechtsgut Leben auf der Hand, zur kleinen Münze zu geraten.

Zudem ergeben sich Wertungswidersprüche im Vergleich mit anderen, zu Tötungen „provokierten“ Tätern. Dies betrifft insbesondere die Konstellationen der Tötung von sog. Familientyrannen. Bekanntlich stellt die aktuelle Rechtsprechung des BGH hohe Anforderungen an die Handlungsalternativen der Täterin, die durch den später Getöteten zuvor bis an die Grenze des eigenen Todes gepeinigt wurde. Damit sind die Wertungs-Vorgaben des § 213 1. Alt. StGB in der Interpretation durch die Rechtsprechung kaum vereinbar. Einmal mehr offenbart sich dringender gesetzlicher Handlungs- und Entscheidungsbedarf ist.

Um nicht missverstanden zu werden: Keinesfalls sind die Bemühungen des BGH um einzel-fallgerechte Lösungen in Abrede zu stellen, und sie verdienen in der Sache auch punktuell Unterstützung, etwa bei der Aufhebung der Beschränkung des Privilegs auf echte Spontan-taten. Doch nützt hier wie sonst bloße Symptombekämpfung wenig. Geboten erscheinen vielmehr systematisch klare gesetzliche Vorgaben, die sich in den hier zugrunde gelegten zweistufigen Ansatz einfügen, sich an einem geminderten präventiven Bedarf orientieren und typische gravierende unrechts- und schuld mindernde Sachverhalte zum Ausdruck bringen.

c) § 213 2. Alt. StGB

Der vorstehende Befund gilt in noch stärkerem Masse für die unbenannte Strafmilderungs-klausel des „sonst minder schweren Falles“. Ihr Hauptmangel ist es, dass weder ein Maßstab noch ein Dekulpierungsgrund gesetzlich ersichtlich sind. So sind nach der Ansicht des BGH nicht die Beispielfälle der 1. Alt. der Maßstab, vielmehr genügen Umstände unterhalb des Gewichts der Provokationsalternative, eines Gewichts, das, wie gesehen, seinerseits bereits als zu gering taxiert erscheint und daher Wertungswidersprüche hervorruft. Wenn stattdes-sen auf den Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle abgestellt wird, so ist damit kein Erkenntnisgewinn verbunden. Denn es ist schon unklar, ob sich der Durchschnitt im geltenden Recht an einer drei- oder vierstufigen Konzeption zu messen hat. Die Ermögli- chung einer Gesamtwürdigung von Tat und Täter unter Abwägung sämtlicher be- und entlas- tender Umstände bleibt fragwürdig, weil es an einem für die Tötungsdelikte einschlägigen Maßstab und Leitprinzip fehlt. Fragwürdig ist es auch, entgegen der Wertung des § 49 I StGB bei gesetzlich vertypen Strafmilderungsgründen wie z.B. § 21 StGB den Zugriff auf § 213 2. Alt. StGB zu gestatten.

3. Begründung des Gesetzesvorschlags

Der Gesetzesvorschlag für einen als Privilegierung statuierten Totschlagstatbestand beruht auf der Grundentscheidung für eine kriminologisch fundierte sowie schuld- und präventionso- rientierte Differenzierung zwischen schwerer und weniger schwerer vorsätzlicher Tötung. Angesichts der Unfähigkeit des geltenden Rechts, dem Wert des Rechtsguts Leben in adä- quater Weise Rechnung zu tragen, strebt der unterbreitete Vorschlag an, eine die Höchst- wertigkeit des Lebens gewährleistende Regelung auch für die privilegierte vorsätzliche Tö- tung zu schaffen. Infolge bestehender Täter-Opferbeziehungen, gleichsam spiegelbildlich zu dem Leitprinzip, legt der Entwurf die Privilegierungswürdigkeit allein von affekt- und konflikt- motivierten Tötungen zugrunde. § 212 AE bringt eine weitere Konkretisierung durch die in

§ 212 I Nr. 1 bis 2 AE normierten Privilegierungstatbestände zum Ausdruck. Diese beiden Privilegierungstatbestände geben zugleich den Maßstab für die Auslegung der in Absatz 1 Nr. 3 normierten „gleichartigen Konfliktlage“ vor. Die von § 211 AE abweichende Gesetztechnik beruht auf der Erwägung, dass die Verwendung von Regelmerkmalen bei in der Sache privilegierenden Tatbeständen ohne Vorbild wäre. Zudem bestünde die Gefahr eines Ausweichens in der Rechtsanwendung auf die Leitidee unmittelbar selbst in solchen Konstellationen vorsätzlicher Tötung, die nach der Konzeption des Entwurfs gerade nicht privilegierungswürdig sind.

a) Privilegierungsfaktoren

Der Entwurf geht in Übereinstimmung mit dem Vorschlag von Albin Eser und der Mehrheit der Mitglieder des 53. DJT allein von der Privilegierungswürdigkeit bei affekt- oder konfliktmotivierter Tötungen aus. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass das Vorliegen des Affekts typischerweise zu Wahrnehmungsveränderungen und Bewusstseinsverengungen führt, die die Orientierungs- und Hemmungsfähigkeit des Täters herabsetzen oder sogar aufheben. Auch orientiert sich schon die bisherige Praxis, ungeachtet bislang geltender gesetzlicher Vorgaben, an konfliktbedingten Affekten als Entlastungsmuster. Zudem dürfte in der Gesellschaft weitgehend Konsens darüber bestehen, dass ein einer Tötung zugrunde liegender sozialer Konflikt bei engen interpersonellen Beziehungen zwischen Opfer und Täter die Tötung im Vergleich zu Tötungskonstellationen ohne eine derartige Beziehung wertungsmäßig häufig weniger missbilligenswert (Mitleidstötung) oder nachvollziehbarer erscheinen lässt. Zugleich zieht die in § 212 AE vorgeschlagene Privilegierung aus dem in § 211 I AE enthaltenen Leitprinzip Konsequenzen. Da in den von § 212 AE erfassten Tötungen das bestimmende Motiv des Täters aus dem interpersonellen Verhältnis zwischen ihm und dem Opfer resultiert, sind diese konflikt- und affektbedingten Tötungen, da opfergebunden, typischerweise nicht geeignet, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen.

Entsprechend der Grundentscheidung für die Privilegierung affekt- und konfliktbelasteter Tötungsdelikte erfasst der Entwurf die sog. normalpsychologischen Affekte des Täters bereits auf der Tatbestandsebene. Strukturelles Kennzeichen solcher normalpsychologischer Affekte sind gewisse Interessen- bzw. Güterkollisionen, eine Mitverantwortung durch das Opfer und ein spezifischer exogener Motivationsdruck. Die schweren, pathologischen Affekte verbleiben dagegen in dem Anwendungsbereich der §§ 20, 21 StGB auf der Schuldebene. Die Privilegierung durch normalpsychologische Affekte bedingter Taten muss allerdings ungeachtet der medizinisch-psychologischen Erkenntnis, dass auch insoweit typischerweise

gewisse Beeinträchtigungen des Einsichts- und Steuerungsvermögens auftreten, tatbestandlich strikt begrenzt werden, um eine sachlich nicht gerechtfertigte generelle Begünstigung jedweden Affekts zu vermeiden. Anderenfalls liefe der Privilegierungstatbestand Gefahr, zum Freibrief für unkontrollierte Gefühlausbrüche des temperamentsmäßig jähzornigen Cholerikers oder für blutige Verzweiflungsakte des habituell Konfliktverdrängenden zu werden. Dem trägt der Entwurf, spiegelbildlich zum Leitprinzip des § 211 II AE, durch die abschließende Festlegung der Tatsituationen Rechnung, in denen aufgrund der Tatumstände regelmäßig davon ausgegangen werden kann, die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen belege trotz der Vernichtung des höchstwertigen Rechtsguts unserer Rechtsordnung einen niedrigeren Unwertgehalt. Daher ist eine Abweichung von der in § 211 AE angedrohten Mindeststrafe unrechts- und schuldangemessen. Insofern geht es bei der Privilegierung von Affekt- und Konflikttaten nicht um ein psychologisches, sondern primär um ein normatives Problem. Der Entwurf legt deshalb tatbestandlich einerseits fest, in welchem Umfang und aus welchen Gründen die Rechtsordnung einen zur Tötung eines anderen Menschen führenden Affektdurchbruch strafmildernd tolerieren kann. Andererseits wird normiert, dass für den Täter des Tötungsdelikts die Gemütsbewegung lediglich dann privilegiert wird, wenn normativ deren Beherrschung von ihm nicht erwartet werden kann. Vor diesem Hintergrund tragen die in § 212 I Nr. 1 und 2 AE vorgeschlagenen Privilegierungstatbestände den wesentlichen Aspekten der als privilegierungswürdig bewerteten besonderen psychischen Verfassung des Täters Rechnung. Diese Verfassung besteht darin, dass eine an sich rechtstreue Person ohne besondere charakterliche Extrempprägungen in einer bestimmten Situation aus allgemein nachvollziehbaren Gründen außer Kontrolle gerät und im Zustand affektbedingt beeinträchtigter Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit einen anderen Menschen tötet. Bei der Privilegierung personalkonfliktbedingter Affekte handelt es sich somit um ein neues Strafmilderungsinstitut, das auf der Teilverwirklichung von gesetzlichen Wertentscheidungen gründet (Nähe zu Notwehr, Notstand, verminderte Schuldfähigkeit) und speziell auf Tötungsdelikte zugeschnitten ist. Diese Leitlinie folgt auch weitgehend der europäischen Praxis

b) § 212 I Nr. 1 AE

Die in § 212 I Nr. 1 AE normierten Verzweiflungs- und Mitleidstötungen erfassen solche Täter-Opferbeziehungen, in denen sich soziale Spannungen zwischen dem Täter und dem späteren Opfer zu einem sich über einen längeren Zeitraum aufbauenden Konflikt entwickeln, der letztendlich in einer Verzweiflungstat oder einer überlegten Mitleidstötung seinen Abschluss findet. Gerade solche Konstellationen machen seit längerem einen großen Anteil derjenigen Tötungen aus, die für den Tatrichter eine Auseinandersetzung mit der Regelung

über die privilegierte Tötung erfordern. Gemeinsam ist diesen Fallkonstellationen, dass dem Täter eine Konfliktsituation, die er meist aus zunächst achtenswerten Motiven über einen längeren Zeitraum ertragen hat, zu irgendeinem Zeitpunkt derart „über den Kopf wächst“, dass er subjektiv keinen anderen Ausweg als die Tötung sieht. Solche Fallgestaltungen können bei Vorliegen der entsprechenden Motivlage (Verzweiflung oder Mitleid aufgrund der Konfliktlage) vor allem bei Festhalten an einer von Auseinandersetzungen und Gewalt geprägten Partnerschaft gegeben sein. Erfasst wäre damit etwa auch ein Geschehen, wie es der Entscheidung des 1. Strafsenats zur Tötung eines „Familiencyrannen“ zugrunde lag, soweit nicht eine Strafbarkeit des gepeinigten Partners ohnehin auf der Rechtswidrigkeits- oder Schuldebene ausscheidet. Fehlt es bei aus konfliktbeladenen Partnerschaften hervorgehenden Verzweiflungstaten an der Verwirklichung von Mordmerkmalen nach § 211 StGB, wendet die Rechtsprechung für das geltende Recht regelmäßig § 213 Alt. 2 StGB an. Insoweit kodifiziert der Entwurf eine in der Sache über Jahrzehnte gewachsene strafgerichtliche Praxis und verleiht dieser mit den tatbestandlich abschließenden Merkmalen in § 212 I AE eine klare Grundlage.

Bei der Ausgestaltung der einzelnen Elemente der Privilegierung in § 212 I Nr. 1 AE orientiert sich der Entwurf an den bereits von Albin Eser angestellten Überlegungen. Mit der Verwendung des Begriffs der Konfliktlage anstelle des ebenfalls denkbaren „Konflikts“ wird die Notwendigkeit eines sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden interpersonellen Konflikts zwischen Täter und Opfer zum Ausdruck gebracht. Erst dieser länger dauernde Konflikt kennzeichnet bei wertender Betrachtung eine Situation, deren Ausweglosigkeit aus der Perspektive des Täters allgemein begreiflich erscheint. Darüber hinaus leistet das Kriterium der Konfliktlage eine Abgrenzung zu den privilegierungswürdigen provozierten Tötungen nach § 212 I Nr. 2 AE. Da auch die Begehung einer erheblichen Straftat durch das spätere Tötungsoffer zu Lasten des späteren Täters als „Konflikt“ gedeutet werden könnte, bestünde sonst die Gefahr, die engen Vorgaben von Abs. 1 Nr. 2 im Hinblick auf die Anforderungen an eine Straftat, die eine Tötung provoziert, über den Zugriff auf die Konflikttötung zu umgehen.

Unter Berücksichtigung der psychischen Situation des Täters aufgrund des von der Konfliktlage ausgehenden Drucks bezieht der Entwurf auch Konfliktlagen für den Täter nahe stehende Personen ein. Nahe stehende Personen sind entsprechend der zu § 35 I 1 StGB gebräuchlichen Definition solche, die dem Täter derart verbunden sind, dass eine für die Sympathiepersonen bestehende Konfliktlage auch durch den späteren Täter als eigene Konfliktlage empfunden wird; gemeint sind damit - bei Vorliegen des vorgenannten Aspekts - insbe-

sondere nicht bereits unter § 11 I Nr. 1 StGB fallende Verwandte, Lebensgefährten, nahe Freunde oder selbst Hausgenossen.

Das Abstellen auf die dem Täter („ihm“) ausweglos erscheinenden Konfliktlage erfüllt innerhalb des vorgeschlagenen Privilegierungstatbestandes zwei Aufgaben. Zum einen verlangt die (subjektive) Ausweglosigkeit einen gewissen Schweregrad der Konfliktlage und der daraus resultierenden Beeinträchtigung der Fähigkeit des Täters zu normkonformen Verhalten. Zum anderen ist die Beschränkung auf die subjektive Ausweglosigkeit erforderlich, um der Privilegierung in Fällen der Konflikttötung überhaupt einen Anwendungsbereich zu sichern. Gerade angesichts der Rechtsprechung des BGH zur Frage der anderweitigen Abwendbarkeit einer Gefahr bei § 35 StGB in den Fällen der Tötung des Familientyrannen wird es in den von § 212 I Nr. 1 AE erfassten Sachverhalten kaum jemals vorkommen, dass es bei objektiver Betrachtung keinen anderen Ausweg zur Auflösung der Konfliktlage als die Tötung des Opfers gibt.

Allerdings kann die psychische Ausnahmesituation allein die Privilegierung nicht begründen. Um der Höchstwertigkeit des Rechtsguts Leben Rechnung zu tragen, macht § 212 I Nr. 1 AE das Eingreifen der Privilegierung nicht allein von dem Vorliegen der psychischen Ausnahmesituation des Täters abhängig (subjektiv ausweglose Konfliktlage), sondern führt mit der „allgemein begreiflichen“ Konfliktlage ein sozial-normatives Element ein, das auch präventive Erfordernisse berücksichtigt. Dieses Element verhindert, die Privilegierung bereits dem Täter zu gewähren, der sich nicht in ausreichender Weise bemüht hat, andere Handlungsalternativen zu finden. Das Merkmal „allgemein begreiflich“ erlaubt es, die Verantwortung für die Konfliktlage beim Umfang der Gewährung der Privilegierung zu berücksichtigen. Beruht die Konfliktlage auf einem vorwerfbaren Verhalten, so schließt diese Zuständigkeit die Anwendung des Privilegierungstatbestandes aus. Der Entwurf übernimmt damit einen allgemeinen Rechtsgrundsatz und die in der Sache aus § 213 Alt. 1 StGB bekannte und § 35 I 2 StGB ebenfalls zugrunde liegende Wertung, dass ein Vorverschulden grundsätzlich nicht entlastend wirkt. So kommen etwa Tötungen in von Gewalt geprägten Partnerschaften ebenso in Betracht, wie die Tötung von hochgradig pflegebedürftigen Angehörigen.

c) § 212 I Nr. 2 AE

§ 212 I Nr. 2 AE nimmt die überkommene Provokationsalternative des geltenden Rechts auf, beschränkt diese aber gegenüber dem jetzigen Rechtszustand erheblich. Der Entwurf trägt

mit dem Festhalten an der Privilegierung dem Gedanken der Notwehrrähe Rechnung, sieht aber zugleich die Notwendigkeit, die Privilegierung auf erhebliche Straftaten des später Getöteten zu beschränken. Eine weitergehende Lösung, jede, auch fahrlässige Verletzung von Rechten des Täters genügen zu lassen, missachtet die autonome Entscheidung des Täters. Als die die Tötungstat provozierenden Taten des späteren Opfers kommen entsprechend der in § 35 I StGB getroffenen Wertung lediglich solche in Betracht, die sich gegen die Rechtsgüter Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit des Täters oder ihm nahe stehender Personen richten. Im Hinblick auf die gegen die Provokationsalternative des geltenden Rechts vorgebrachten Bedenken ist mit der Freiheit hier lediglich die körperliche Fortbewegungsfreiheit und die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit nicht dagegen die Willensbetätigungsfreiheit als solche gemeint. Unerheblich provozierende Straftaten des Opfers, wie z. B. Beleidigungen, scheiden aus dem Anwendungsbereich aus. Selbst wenn der Täter dadurch in eine heftige Gemütsbewegung gerät, verdient die so motivierte Tötung keine Besserstellung, weil der Täter ohne nachvollziehbaren Anlass tötet.

Durch die erhebliche Straftat muss der Täter in eine heftige Gemütsbewegung versetzt worden sein. Mit dem Begriff Gemütsbewegung erfasst der Entwurf über das bisherige Recht hinaus nicht nur sthenische Gefühlsregungen, wie Zorn und Wut, sondern auch asthenische, wie Bestürzung, Angst und Verzweiflung. Der geforderten heftigen Gemütsbewegung kommt zweierlei Bedeutung zu. Zum einen stellt das Erfordernis des höheren Grads klar, dass die mit jeder Tötung typischerweise verbundenen affektiven Erregungszustände des Täters für eine Privilegierung nicht genügen. Zum anderen müssen affektive Gemütsbewegungen nicht die Schwelle der §§ 20, 21 StGB erreichen. Die Privilegierung erfasst die normalpsychologischen Erregungszustände des Täters im Vorfeld der §§ 20, 21 StGB. Erfüllt die Gemütsbewegung die Voraussetzungen des § 21 StGB und liegen die übrigen Merkmale des § 212 I Nr. 2 AE vor, kann der Regelstrafrahmen dieser Vorschrift nach den allgemeinen Regeln gemildert werden. Gleiches gilt selbstverständlich für andere allgemeine (obligatorische oder fakultative) Strafmilderungsgründe.

Der Entwurf verlangt nicht nur einen Kausalzusammenhang zwischen der provozierenden Tat und dem Motiv zur Tötung, sondern dass der Täter unter dem bestimmenden Einfluss der durch die Vortat ausgelösten heftigen Gemütsbewegung zur Tötungstat motiviert worden ist. Dies bedeutet in zeitlicher Hinsicht, dass keine situativ-zeitlich enge Verknüpfung verlangt wird sondern im Sinne der bisherigen Praxis ein motivations-psychologischer Zusammenhang“ genügt. Der Sache nach leitet der Entwurf damit die bisherige Rechtsprechung,

zumal deren Vereinbarkeit mit dem bisherigen Recht wegen des Merkmals „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ höchst zweifelhaft ist, in gesetzliche Bahnen.

In sachlicher Hinsicht erfolgt allerdings eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der provozierten Tötung, indem auf den bestimmenden Einfluss der heftigen Gemütsbewegung als Motiv der Tötungstat abgehoben wird. Mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen der gegen den Täter oder ihm nahe stehenden Personen gerichteten Tat und der Tötung wird regelmäßig der Einfluss der durch die provozierende Tat ausgelösten Gemütsbewegung schwächer werden. Bei Anwendung dieser Grundsätze wäre der BGHSt 30, 105 zugrunde liegende Sachverhalt wohl kein Fall einer nach § 212 I Nr. 2 AE privilegierungsfähigen Tötung.

d) § 212 I Nr. 3 AE

Der Entwurf schlägt in § 212 I Nr. 3 AE die Privilegierungswürdigkeit von Tötungen vor, die durch eine mit den in den Nrn. 1 und 2 gleichartigen Konfliktlage des Täters ausgelöst worden sind. Dieser dritte Privilegierungstatbestand und damit eine Öffnung nach „unten“ ist, anders als bei § 211 II AE, der Vielgestaltigkeit privilegierungswürdiger Sachverhalte geschuldet, die von Nr. 1 und Nr. 2 nicht abschließend erfasst sein können, will man nicht deren Trennschärfe auflösen. Zu denken ist insbesondere an die Kindestötung unter den zeitlichen Voraussetzungen des § 217 StGB a.F. Erreicht die psychische Zwangslage der Mutter nach Art und Schwere die in § 212 I Nr. 1 und 2 AE gestellten Anforderungen und war deren Beherrschung der Mutter unter den konkreten Umständen nicht zumutbar, kommt im Einzelfall eine Privilegierung über § 212 I Nr. 3 AE in Betracht. Das entspricht der jetzigen Rechtslage, die häufig von § 213 Alt. 2 StGB ausgeht, weitgehend. Gleichwohl ist mit der Statuierung der Nr. 3 kein Rückfall in den überkommenen minder schweren Fall nach § 213 Alt. 2 StGB verbunden. Allgemeine Milderungsgründe genügen für die Anwendung von Nr. 3 nicht. Vielmehr kommen nur solche Tötungen in psychischen Ausnahmesituationen in Betracht, die der in Nr. 1 und Nr. 2 wertemäßig entsprechen. Gegen eine ausweitende Bestimmtheit der Nr. 3 bestehen im Hinblick auf die engen Wertungen der vorgenannten Nummern keine Bedenken.

e) § 212 II AE

Der in § 212 II AE unterbreitete Vorschlag knüpft an § 100 IV AE-StGB 1970 an und zieht die Konsequenz aus der Entscheidung für die Schaffung eines abschließend normierten Privilegierungstatbestandes. Bei Vorliegen einer Tötung unter privilegierenden Umständen ist trotz

gleichzeitiger Verwirklichung eines Regelmerkmals nach § 211 II AE die Anwendung lebenslanger Freiheitsstrafe zwingend ausgeschlossen. Zugleich wird trotz des Vorliegens der Voraussetzungen der Privilegierung eine Strafzumessung im unteren Bereich des durch § 212 I AE eröffneten Strafrahmens ausgeschlossen. Das entspricht in der Sache einer verbreitet bereits zum geltenden Recht vertretenen Auffassung für den Fall des Zusammentreffens von privilegierenden und qualifizierenden Umständen. Die Verurteilung erfolgt in den von § 212 II AE erfassten Fällen wegen Totschlags.

IV. § 57a AE – Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe

1. Gesetzestext

§ 57 a Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe

(1) Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn

1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind und
2. die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 vorliegen.

Ist der Verurteilte wegen einer Tat nach § 211 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 2 oder 3 verurteilt worden, darf die Aussetzung erst nach einer Mindestverbüßungsdauer von zwanzig Jahren erfolgen. § 57 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 gilt entsprechend.

(2) bis (4) unverändert.

§ 57b StGB wird aufgehoben.

2. Rechtspolitischer Ausgangspunkt

Nach geltendem Recht muss die Vollstreckung des Rests einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn 15 Jahre verbüßt sind, die besondere Schwere der Schuld nicht die weitere Vollstreckung gebietet, die Aussetzung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann und der Verurteilte einwilligt (§ 57a I 1 StGB). Die Regelung knüpft daran an, dass das geltende Recht für Mord zwingend die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vorsieht (§ 211 I StGB). Sie trägt der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1977 Rechnung, wonach auch für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte eine konkrete Chance bestehen muss, die Freiheit wieder-

zuerlangen. Nach den Vorschlägen des Arbeitskreises soll in § 211 StGB die bisherige absolute Strafdrohung aufgegeben und durch eine offene Lösung ersetzt werden (zeitige Freiheitsstrafe zwischen 5 und 15 Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe); die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe soll an konkrete, im Gesetz abschließend aufgezählte Voraussetzungen gebunden werden, die an die Bedrohlichkeit der Tat für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit anknüpfen (§ 211 I und II AE-Leben). Die vorgesehene Regelung zielt auf die Einschränkung des Anwendungsbereichs der lebenslangen Freiheitsstrafe ab. Die Notwendigkeit, die lebenslange Freiheitsstrafe de lege ferenda stärker einzuschränken, stellt sich indes nicht nur auf der Ebene der Strafdrohung bzw. der richterlichen Strafzumessung, sondern auch im Bereich der Strafvollstreckung.

3. Problematik der Schuldschwereklausel

Die gegenwärtige, durch das 20. StÄndG vom 8.12.1981 eingeführte Regelung zur Strafrestausssetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe hat sich nicht bewährt. Im Zentrum der Kritik steht die Schuldschwereklausel, nach der die Strafrestausssetzung nur dann erfolgen darf, „wenn nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet“ (§ 57a I 1 Nr. 2 StGB). Die Erfahrungen der letzten 25 Jahre zeigen, dass die Schuldschwereklausel in der Praxis eine Handhabung des § 57a StGB begünstigt, die mit den Grundgedanken einer liberal-rechtsstaatlichen Strafrechtsanwendung nicht harmoniert. Problematisch ist zum einen die mit rechtsstaatlichen Prinzipien kaum vereinbare Unbestimmtheit, die die Aussetzungsvoraussetzungen in der Praxis aufweisen. Zum anderen ist die im letzten Jahrzehnt zu beobachtende Ausuferung der Vollstreckungspraxis über die 15-Jahresgrenze hinaus mit Blick auf den berechtigten Freiheitsanspruch auch der zu schwerster Strafe Verurteilten problematisch.

a) Unbestimmtheit der Aussetzungsvoraussetzungen

Nach der Entscheidung des Großen Senats des BGH aus dem Jahr 1994 ist bei der Anwendung der Schuldschwereklausel weder von dem empirisch-kriminologisch zu bestimmenden Bild des Durchschnitts der erfahrungsgemäß vorkommenden Mordfälle noch von dem normativen Normalfall des Mordes auszugehen. Erforderlich soll vielmehr eine zusammenfassende Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit sein, die vom Schwurgericht daraufhin zu bewerten ist, ob sie nach seiner Auffassung besonders schwer sind. Die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld soll dabei nur dann in Betracht kommen, wenn Umstände vorliegen, „die Gewicht haben“. Solche Umstände sieht der Große Senat in der besonderen

Verwerflichkeit der Tatausführung oder der Motive, in der Tötung mehrerer Opfer bei einer Tat, der Begehung mehrerer Mordtaten oder weiterer schwerer Straftaten. Exakte Abgrenzungen werden hierdurch jedoch nicht ermöglicht; die Ersetzung der „besonderen Schwere der Schuld“ durch „Umstände, die Gewicht haben“, bedeutet praktisch eine Tautologie. Unverkennbar ist hier die auch aus anderen Zusammenhängen bekannte Gefahr, dass die Strafzumessungsentscheidung bei einer dem Gericht abverlangten „Gesamtwürdigung“ zu einem Strafzumessungs-„brei“ verkommt, mit dem sich alles und nichts begründen lässt.

Auch die nach dem Beschluss des Großen Senats ergangenen Entscheidungen haben der Schuldschwereklausel keine klareren Konturen verliehen. Beispielhaft wird dies an einer Entscheidung des 4. Senats des BGH aus dem Jahr 1996 deutlich. Der 4. Senat wies hier darauf hin, dass bei der Feststellung der Schuldschwere die allgemeinen Regeln für die Zumessung zeitiger Freiheitsstrafen (§ 46 StGB) entsprechend anzuwenden seien; dies gelte auch für das Doppelverwertungsverbot nach § 46 III StGB. Auswirkungen hat diese Feststellung namentlich, wenn der Angeklagte wegen Mordes aus „niedrigen Beweggründen“ verurteilt wird: Da die niedrigen Beweggründe schon per definitionem voraussetzen, dass die den Angeklagten leitenden Motive „besonders verwerflich, ja verächtlich“ waren, setzt die „besondere“ Schwere der Schuld i.S. des § 57a StGB in diesem Fall voraus, dass eine „gegenüber der Tatbestandserfüllung gesteigerte Verwerflichkeit“ dargelegt werden kann. Darüber, wo hier die Grenzlinien zu ziehen sind und wie das Erreichen der einen oder anderen Stufe im Urteil sprachlich dargestellt werden kann, hat sich der 4. Senat ausgesprochen. Dies ist freilich weniger die Folge einer problematischen Rechtsprechung als vielmehr die Konsequenz einer missratenen gesetzlichen Konzeption des vom Gesetzgeber bereitgestellten Rahmens.

Die Feststellung besonders schwerer Schuld durch das Schwurgericht führt bekanntlich nicht zwangsläufig zur Ablehnung der Reststrafenaussetzung. Zusätzlich muss geprüft werden, ob die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung „gebietet“. Die Entscheidung trifft im Aussetzungsverfahren die Vollstreckungskammer, wobei die Kammer nach der Rechtsprechung des BVerfG an die vom Schwurgericht vorgenommene Gewichtung der Schuldschwere gebunden ist. Die Vollstreckungskammer entscheidet von Verfassungs wegen nicht nur, ob die weitere Vollstreckung geboten oder zur Bewährung auszusetzen ist, sondern muss im Fall der Ablehnung der Aussetzung auch angeben, bis wann die Vollstreckung fortzusetzen ist. Dabei setzt die Entscheidung der Vollstreckungskammer eine erneute Gesamtwürdigung („vollstreckungsrechtliche Gesamtwürdigung“) voraus, bei der die Schwe-

re der Schuld mit Blick auf die seit der Schwurgerichtsentscheidung vergangene Zeit neu bewertet wird. Eine zentrale Rolle sollen die Dauer der bereits erlittenen Verbüßung, das Alter und die Persönlichkeitsentwicklung des Gefangenen im Vollzug spielen. Auch wenn diese Kriterien eine etwas klarere Kontur haben mögen als die vom Schwurgericht zu prüfenden Gesichtspunkte, erfordert die Schuldschwereklauselel damit im Ergebnis jedoch zwei Gesamtwürdigungen, die von zwei unterschiedlichen Gerichten zu zwei weit auseinander liegenden Zeitpunkten durchgeführt werden müssen. Das Spannungsverhältnis zu dem vom BVerfG auch auf die Rechtsfolgen erstreckten Bestimmtheitsgebot liegt auf der Hand.

b) Ausuferung der Vollstreckungspraxis

Die Ausuferung der Vollstreckungspraxis über die im Gesetz genannte Regelverbüßungszeit von 15 Jahren hinaus lässt sich an den Ergebnissen der Erhebungen erkennen, die von der deutschen Kriminologischen Zentralstelle in Wiesbaden seit geraumer Zeit jährlich bei den Landesjustizverwaltungen durchgeführt werden. Die derzeit immer noch aktuellste Erhebung bezieht sich auf das Jahr 2004. Danach wurde der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe im Jahr 2004 bei 54 Personen beendet. Wichtigster Grund für die Beendigung war die Aussetzung der weiteren Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung nach § 57a StGB (n = 34; 63,0 %), zweitwichtigster Grund das Versterben des Gefangenen im Vollzug (n = 12; 22,2 %; davon 10 Fälle natürlicher Tod, 2 Fälle Suizid). Die übrigen Beendigungsgründe verteilten sich auf das Absehen von der weiteren Vollstreckung nach § 456a StPO (Auslieferung, Ausweisung; n = 5; 9,3 %), die Überstellung ins Heimatland aufgrund eines Transferabkommens (n = 1; 1,9 %) und die Begnadigung (n = 2; 3,7 %).

Bei diesen Zahlen bereitet nicht nur der hohe Anteil von Gefangenen Sorge, die in der Haft versterben. Festzustellen ist auch, dass die Strafrestausssetzung als Regulativ für die Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Praxis derzeit keine große Bedeutung (mehr) hat. Die Beendigung des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe bei insgesamt 54 Personen im Jahr 2004, davon bei 34 Personen auf der Grundlage von § 57 a StGB, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass am Stichtag 31.3.2004 insgesamt 1.794 Personen wegen Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe einsaßen; das entspricht 1 Beendigung nach allen Beendigungsgründen auf 33 Gefangene bzw. 1 Strafrestausssetzung nach § 57a StGB auf 53 Gefangene. Der „Input“ in den Justizvollzug ist damit deutlich größer als der „Output“: Im Jahr 2004 wurden allein in den alten Bundesländern einschl. Gesamt-Berlin 116 Personen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

Sorge bereitet zudem die Entwicklung bei der Dauer der Vollstreckung bis zur Strafrestaussatzung. Hierzu wurden in der Untersuchung der Kriminologischen Zentralstelle zusammenfassende Angaben für die Gefangenen gemacht, deren Strafrest entweder nach § 57^a StGB oder wegen Begnadigung ausgesetzt wurde (n = 36; „entlassene Lebenslängliche“). Insoweit wurde festgestellt, dass die Verbüßungsdauer überwiegend bei 15 bis 20 Jahren lag (n = 20; 55,6 %), in 8 Fällen bei 20 bis 25 Jahren (22,2 %) und in 5 Fällen sogar bei mehr als 25 Jahren (13,9 %). Weniger als 15 Jahre wurden von 3 entlassenen Gefangenen verbüßt (1 Begnadigung nach 7 ½ Jahren, 1 Begnadigung nach 13 ¾ Jahren, 1 Strafrestaussatzung nach 14 ½ Jahren). Der Median (die 50 %-Grenze) für die Verbüßungsdauer lag 2004 bei 18,29 Jahren, das bedeutet: Im Jahr 2004 lag bei 50 % der Entlassenen die Verbüßungsdauer unterhalb von 18,29 Jahren, bei 50 % darüber.

In den einzelnen Bundesländern waren die Verbüßungszeiten bei alledem sehr unterschiedlich. Die geringste Durchschnittsdauer bei mehr als einem Fall entfiel 2004 auf Baden-Württemberg (n = 4; Median = 17,6 Jahre), die längste Durchschnittsdauer auf Berlin (n = 4; Median = 21,0 Jahre), die längste Einzeldauer auf Bayern (41,3 Jahre). Im Längsschnittvergleich mit den vorangegangenen Jahren zeigte sich, dass der Median für die Verbüßungsdauer vor der Entlassung von 17,00 Jahren in 2002 über 17,42 Jahre in 2003 auf 18,29 Jahre in 2004 stetig angestiegen war.

Die Untersuchung der Kriminologischen Zentralstelle lässt damit erkennen, dass die in § 57a I 1 Nr. 1 StGB festgeschriebene 15-Jahresgrenze in der Praxis nicht als Regelzeitpunkt für die Entlassung, sondern als Mindestmaß angesehen wird. Hierauf deuten jedenfalls die deutlich oberhalb von 15 Jahren angesiedelten Mediane hin (der Median ist nicht identisch mit dem arithmetischen Mittel, das durch Ausreißer nach „oben“ verzerrt wird).

Von welchen Kriterien die Strafvollstreckungskammern die Entscheidung über die Strafrestaussatzung abhängig machen, lässt sich den Daten der Kriminologischen Zentralstelle nicht entnehmen. Dass in der Praxis aber die Schuldschwereklausel wahrscheinlich die entscheidende Rolle spielt, wird bei einem Blick auf die in der Datenbank des BGH veröffentlichten Entscheidungen deutlich: In dem 5-Jahreszeitraum von 2002 bis 2006 wurden zu dem Stichwort „besondere Schwere der Schuld“ 21 Entscheidungen veröffentlicht, von denen für die hier zu erörternde Frage 20 Entscheidungen einschlägig waren. Diesen 20 BGH-

Entscheidungen waren 15 Schwurgerichtsurteile vorausgegangen (75 %), in denen die besondere Schwere der Schuld bejaht worden war. In acht Fällen wurde die Feststellung des Schwurgerichts aufgehoben, in sieben Fällen bestätigt. Von den fünf Fällen, in denen das Schwurgerichtsurteil keine Schuldschwere festgestellt hatte (25 %), wurden vier Entscheidungen bestätigt, ein Urteil wurde aufgehoben. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Gerichte in wenigstens einem Drittel der Fälle (7 bestätigte Urteile, 35 % der veröffentlichten Entscheidungen) vom Vorliegen besonders schwerer Schuld ausgegangen sind. Auch wenn die Auswertung der Entscheidungssammlung des BGH kein repräsentatives Abbild der Verfahrenswirklichkeit liefert, deutet sich hier an, dass die Feststellung besonders schwerer Schuld entgegen der im Gesetz angelegten Beschränkung auf „besonders“ schwere Fälle in der Praxis kein seltener Ausnahmefall ist.

4. Begründung des Gesetzesvorschlags

a) Streichung der Schuldschwereklausel

Die rechtspolitische Konsequenz aus den dargestellten Befunden kann nur darin bestehen, die Schuldschwereklausel *de lege ferenda* in Frage zu stellen und durch eine Lösung zu ersetzen, die dem Bestimmtheitsgrundsatz besser Rechnung trägt und das breite Ermessen der Praxis bei der Bemessung der Vollstreckungszeiten stärker einschränkt. Für diesen Schritt spricht dabei nicht nur, dass auch die meisten europäischen Nachbarländer, namentlich Österreich und die Schweiz, ohne Schuldschwereklausel oder ein anderes zur Verteidigung der Rechtsordnung für erforderlich gehaltenes funktionales Äquivalent auskommen. Übersehen werden darf auch nicht, dass die Klausel in Deutschland in den letzten Jahren eine dumpfe Wiederbelebung von Rache- und Vergeltungsgedanken gefördert hat, die von Opfervertretern und Medien im Begleitkonzert zu den meisten Mordprozessen lautstark geäußert werden. Es wäre ein Beitrag zur rechtspolitischen Kultur, wenn diesen Entwicklungen durch eine Entscheidung des Gesetzgebers der Boden entzogen und die vom BVerfG vielfach betonte *ultima ratio*-Funktion der Freiheitsstrafe wieder stärker in das allgemeine Bewusstsein gehoben würde. Vorgeschlagen wird deshalb, die Schuldschwereklausel zu streichen. Mit den Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit ist dieser Schritt ohne weiteres vereinbar, da die Strafrestaussatzung auch künftig nur dann erfolgen darf, wenn sie mit Blick auf das Rückfallrisiko des Gefangenen zu verantworten ist; die Prognoseklausel (§ 57a I 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 I 1 Nr. 2 StGB, prozessual verankert in § 454 II StPO) soll nicht gestrichen werden.

b) Differenzierte Mindestverbüßungsdauer

Wenn sich der Gesetzgeber zur Streichung der Schuldschwereklausel entschließt, stellt sich das Problem, dass der mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndete Mord auch nach den Vorstellungen des Arbeitskreises ein breites Spektrum von Verhaltensweisen erfasst, denen mit Blick auf die Schwere von Unrecht, Schuld und Bedrohlichkeit für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit ein ganz unterschiedliches Gewicht zukommen kann. Zwischen den beiden Extrembeispielen der Tötung mehrerer Menschen (§ 211 II 2 Nr. 1 AE-Leben) und der Tötung eines Menschen aus einem niederen Motiv (z.B. im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen, vgl. Nr. 8) kann im Einzelfall ein deutlicher Sprung bestehen, der eine Berücksichtigung bei den Rechtsfolgen zwingend erscheinen lässt. Wenn die Unterschiede bei der Strafverhängung nicht ausgeglichen werden können, weil das Gesetz für alle Fälle dieselbe Strafe vorsieht (lebenslang), kann ihnen nur im Rahmen der Vollstreckung bei der Festlegung der Verbüßungszeiten und muss ihnen aus verfassungsrechtlichen Gründen Rechnung getragen werden.

Um die rechtsstaatlichen Nachteile und Gefahren zu vermeiden, die sich mit individualisierenden Lösungen wie der Schuldschwereklausel verbinden, schlägt der Arbeitskreis für die Strafrechtsaussetzung eine abstrakt-generelle Lösung vor, die an das Regelungsmodell für den Mordtatbestand anknüpft und dabei nach einzelnen Regelmerkmalen für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe differenziert. Für die meisten Fälle des mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndeten Mordes soll es danach bei der Regelaussetzung nach Verbüßung von 15 Jahren bleiben. Für die Beibehaltung der 15-Jahresgrenze auch *de lege ferenda* sprechen zwei Gesichtspunkte: Die Grenze ist systematisch plausibel, da sie sich am gesetzlichen Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe orientiert (vgl. § 38 II StGB), und sie ist im europäischen Kontext praktisch fest verankert; auch im österreichischen und im Schweizer Recht liegt die Mindestverbüßungsdauer bei 15 Jahren (§ 46 V öStGB, Art. 86 V schwStGB).

Eine höhere Grenze sollte demgegenüber nach den Vorstellungen des Arbeitskreises für diejenigen Fälle gelten, in denen die Lebenssicherheit der Allgemeinheit in herausgehobener Weise bedroht wird, weil der Täter entweder mehrere Menschen getötet, zu töten versucht oder in ihrem Leben gefährdet hat, weil die Tat in bandenmäßigem Zusammenwirken oder aus einem Netzwerk heraus begangen worden ist und Gegenstand des Zusammenwirkens die Begehung von Gewalttaten ist oder weil die Tat im Hinblick auf die Zugehörigkeit des Opfers zu einer bestimmten sozialen Gruppe in der Gesellschaft erfolgt (§ 211 II 2 Nr. 1, 2 und 3 AE-Leben). Ungeachtet der Ausstrahlungswirkung, die auch die in den anderen Re-

gelmerkmalen genannten Fallkonstellationen auf die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit haben, tritt das überindividuelle Interesse der Allgemeinheit an der Ahndung der Tat in den ersten drei Fallkonstellationen des § 211 II AE-Leben besonders deutlich hervor. Die unrechtsbezogenen präventiven Erfordernisse und die Schuld sind hier noch einmal in erheblicher Weise gesteigert, so dass es auch mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot der sachgerechten Abstimmung von Tatbestand und Rechtsfolge gerechtfertigt erscheint, für diese Konstellationen eine Mindestverbüßungsdauer vorzuschlagen, die deutlich oberhalb der 15-Jahresgrenze liegt. Vor dem Hintergrund der in der Praxis zu beobachtenden Handhabung der Strafrestaussatzung, die kriminalpolitisch ein Signal für den Wiedereingliederungsanspruch auch des zu schwersten Strafe Verurteilten erforderlich macht, hält der Arbeitskreis dabei eine Verbüßungsdauer von 20 Jahren für angemessen, aber auch ausreichend. Eine vergleichbare Sonderregelung für den Fall einer lebenslangen Verurteilung nach den Tatbeständen des VStGB schlägt der Arbeitskreis allein wegen der bewussten Ausklammerung des gesamten Themenkomplexes aus den Überlegungen nicht vor. Er will damit weder zum Ausdruck bringen, dass die Strafaussatzung auch in Fällen des Völkermordes oder anderer mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohter Verbrechen gegen die Menschlichkeit schon nach 15 Jahren noch, dass sie zwingend spätestens nach 20 Jahren erfolgen sollte.

c) Aufhebung des § 57b StGB

Es bleibt die Frage, ob die vorgeschlagenen Änderungen auch dann gelten sollen, wenn die Verurteilung wegen Mordes in Tateinheit oder -mehrheit mit anderen Delikten erfolgt. Zu denken ist an den Fall des Verdeckungsmordes (z.B. die Tötung im Anschluss an einen erpresserischen Menschenraub) ebenso wie an den Fall der Tötung mehrerer Menschen (z.B. den Amoklauf oder Terroranschlag mit hohen Opferzahlen). Das geltende Recht ermöglicht im Rahmen der Schuldschwereklausel eine Einzelfallbetrachtung, in deren Rahmen die Dauer der Strafvollstreckung an die Besonderheiten des Einzelfalls angepasst werden kann. Auf die Schuldschwereklausel verweist dabei namentlich § 57b StGB, der dem Gericht insoweit eine zusammenfassende Würdigung der einzelnen Straftaten abverlangt. Wenn der Arbeitskreis die Schuldschwereklausel zur Streichung empfiehlt, muss er deshalb auch die Frage beantworten, wie künftig mit den Fällen der Tateinheit bzw. -mehrheit und namentlich mit § 57b StGB umgegangen werden soll.

Auszugehen ist von der Grundkonzeption, die der Arbeitskreis dem Mordtatbestand zugrunde legt. Grundsätzlich soll vom Gericht auch für Mord nur eine zeitige Freiheitsstrafe ver-

hängt werden, die sich im Rahmen zwischen 5 und 15 Jahren bewegt. Die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe ist als Ausnahme konzipiert, die an die Bedrohlichkeit der Tat für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit anknüpft (§ 211 I und II AE-Leben). Hieraus folgt, dass sich die Strafzumessung bei Aburteilung mehrerer tateinheitlich oder –mehrheitlich konkurrierender Delikte grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln, namentlich §§ 52 und 54 I 2 und 3 StGB, richtet; hieran soll de lege ferenda nichts geändert werden. Die für Mord nach § 211 I AE-Leben verhängte zeitige Freiheitsstrafe kann demgemäß bei der Strafzumessung angemessen erhöht werden, die Obergrenze von 15 Jahren darf allerdings nicht überschritten werden (§ 54 II 2, 1. HS StGB). Wenn hingegen – wie beim Verdeckungsmord, vgl. § 211 II 2 Nr. 7 AE-Leben – die Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit durch die subjektive Beziehung des Täters zu einer anderen Tat berührt werden, so dass ausnahmsweise die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gerechtfertigt ist, wird die Konkurrenzlage schon durch das besondere Strafmaß gewürdigt, so dass es weder angemessen noch notwendig erscheint, die weiteren Taten mit einem nochmaligen „Zuschlag“ durch Verlängerung der Vollstreckungsdauer zu ahnden. Im Grundsatz gilt deshalb auch in diesen Fällen (z.B. dem Verdeckungsmord), dass der Strafreist regelmäßig nach 15 Jahren zur Bewährung auszusetzen ist, sofern sich aus den weiteren Taten kein Indikator für eine fortdauernde Gefährlichkeit des Verurteilten – und damit für die Versagung der Strafreistaussetzung auf einer ganz anderen rechtlichen Grundlage – ergibt.

Dasselbe gilt ceteris paribus für die Fälle, in denen tateinheitlich oder –mehrheitlich weitere Tötungen konkurrieren. Wie bereits angedeutet schlägt der Arbeitskreis vor, die Strafvollstreckung in diesen Fällen, in denen die Verurteilung auf der Grundlage des § 211 II 2 Nr. 1 AE erfolgt, 20 Jahre andauern zu lassen. Dem hinter der heutigen Schuldschwereklausel stehenden Anliegen, in diesen Fällen das herausgehobene Maß an Unrecht, Schuld und Lebensbedrohlichkeit für die Allgemeinheit angemessen zu würdigen, wird mit dieser Regelung ausreichend Rechnung getragen. Für eine darüber hinausgehende Würdigung der Tatschwere besteht kein Bedürfnis. Auch wenn sich sagen lässt, dass ein Angeklagter, der zwei Menschen getötet hat, mehr Schuld auf sich geladen hat als ein Angeklagter, der nur einen Menschen getötet hat, so dass eine Verbüßungsdauer von 20 Jahren angemessen erscheint, lassen sich darüber hinausgehende Strafzumessungserwägungen rational nicht mehr begründen. Deutlich wird dies bei höheren Opferzahlen wie sie etwa im Zusammenhang mit Amokläufen oder Terroranschlägen auftreten. Ob der Amokläufer, der 13 Menschen erschießt, tatsächlich mehr Strafe verdient hat als der Amokläufer, der „nur“ 12 Menschen erschießt, ist strafzumessungsrechtlich nicht taxierbar, und im Zusammenhang mit Terroranschlägen kann es für das Strafmaß kaum darauf ankommen, ob der Anschlag 1200

oder 1500 Opfer gefordert hat. Bei der Rechtsfolgenbestimmung kann diesen Unterschieden rational nicht mehr Rechnung getragen werden; je höher die Zahl der Opfer ist, desto geringer ist auch schon im geltenden Recht das Gewicht, das dem einzelnen Opfer bei der Strafzumessung zukommt. Hinzu kommt, dass spitzfindige Erwägungen, wie sie das geltende Recht sub specie „besondere Schwere der Schuld“ heute ermöglicht, stets in einem Spannungsverhältnis zu dem allgemeinen Grundsatz stehen, dass das menschliche Leben weder qualitativ noch quantitativ gewichtet werden darf, und jedwede Form der „Aufrechnung“ ohnehin daran scheitern muss, dass für Bestrafung des Angeklagten durch langjährigen Freiheitsentzug nicht unendlich viel Zeit zur Verfügung steht; auch die Lebenszeit des Mörders ist begrenzt. Im Ergebnis spricht alles dafür, es auch in den Fällen mehrerer tateinheitlich oder –mehrheitlich konkurrierender Tötungen bei der vom Arbeitskreis vorgeschlagenen Vollstreckungsdauer von 20 Jahren zu belassen und ein etwaiges fortbestehendes Sicherheitsrisiko allein unter dem Gesichtspunkt der Gefährlichkeitsprognose zu würdigen. Einer vollstreckungsrechtlichen Sondernorm für den Fall der Gesamtstrafenbildung nach § 54 I 1 StGB bedarf es deshalb nicht; § 57b StGB kann gestrichen werden.

V. Erfolgsqualifizierte Delikte

1. Gesetzestext

- § 238 Abs. 3 wird aufgehoben.
- In § 221 Abs. 3, § 227 Abs. 1, § 235 Abs. 5, § 239 Abs. 4, § 312 Abs. 4, § 318 Abs. 4, § 330 Abs. 2 Nr. 2 und § 330a Abs. 2 werden jeweils vor den Worten „den Tod“ die Worte „wenigstens leichtfertig“ eingefügt.
- In den §§ 176b, 178, 239a Abs. 3, §§ 251, 306c, 308 Abs. 3, § 309 Abs. 4, § 316a Abs. 3 und § 316c Abs. 3 werden jeweils die Worte „lebenslange Freiheitsstrafe oder“ gestrichen und es wird jeweils als Satz 2 angefügt: „In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren“.
- In § 307 Abs. 3 Nr. 1 werden die Worte „lebenslange Freiheitsstrafe oder“ gestrichen und ein Komma und die Worte „in minder schweren Fällen Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren“ angefügt.

2. Begründung des Gesetzesvorschlages

Im Rahmen der Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte hat sich der Arbeitskreis nicht die Aufgabe gestellt, in eine grundsätzliche Diskussion über die Legitimation der erfolgsqualifizierten Delikte einzutreten. Vielmehr geht es ihm nur darum, die Deliktsgruppe harmonisch in das System der vorsätzlichen Tötungsdelikte einzufügen.

Dabei lässt sich der Arbeitskreis von zwei Leitlinien bestimmen:

Erstens: Die Strafraumen der todeserfolgsqualifizierten Delikte müssen so ausgestaltet sein, dass es in den Fällen einer (unterstellt) vorsätzlichen Todesherbeiführung nicht zu Wertungswidersprüchen mit dem Strafraumensystem der vorsätzlichen Tötungsdelikte kommt.

Zweitens: Bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten ist die Kombination eines vorsätzlichen Grunddelikts mit einer bloß fahrlässigen Tötung nicht geeignet, einen besonderen Unrechts- und Schuldgehalt auszudrücken.

Die erste Leitlinie ist bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten der §§ 221 III, 227 I, 235 V, 239 IV, 312 IV, 318 IV, 330 II Nr. 2 und 330a II StGB bereits verwirklicht. Bei diesen Delikten droht das Grunddelikt typischerweise eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren an. Die Mindeststrafe der Erfolgsqualifikationen liegt bei drei Jahren, in minder schweren Fällen bei einem Jahr. Wertungswidersprüche zu Fällen mit (unterstelltem) Tötungsvorsatz tauchen nicht auf, da auch nach § 212 I AE die Freiheitsstrafe mindestens ein Jahr beträgt. Insbesondere bezüglich § 227 StGB ist es anerkannt, dass ein minder schwerer Fall der Körperverletzung mit Todesfolge angenommen werden muss, wenn der Tat eine Provokation entsprechend § 213 1. Var. StGB vorausgegangen ist. Für die minder schweren Fälle anderer Todeserfolgsqualifikationen gilt die Anwendung des § 213 1. Var. StGB bzw. § 212 I AE sinngemäß.

In dieses System fügt sich § 238 III StGB mit seiner für ein todeserfolgsqualifiziertes Delikt niedrigen Mindeststrafe nicht ein. Ein kriminalpolitisches Bedürfnis für eine derartige Vorschrift besteht nicht. Für die Ahndung der insoweit diskutierten Fälle reicht das vorhandene

strafrechtliche Instrumentarium aus. Daher spricht sich der Arbeitskreis für eine Streichung des § 238 III StGB aus.

Die zweite Leitlinie ist bei den erwähnten Delikten der §§ 221 III, 227 I usw. StGB noch nicht umgesetzt. Der Arbeitskreis spricht sich dafür aus, bei allen todeserfolgsqualifizierten Delikten eine „wenigstens leichtfertige“ Tötung zu verlangen. Das Merkmal „leichtfertig“ drückt am besten den besonderen Unrechts- und Schuldgehalt etwa in der Konstellation aus, dass eine vorsätzliche Körperverletzung den Tod der verletzten Person zur Folge hat. Alle bisherigen Versuche, das über den Fall der Tateinheit zwischen Grunddelikt und einfacher fahrlässiger Tötung hinausgehende Unrecht der todeserfolgsqualifizierten Delikte in einem spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang dingfest zu machen, haben kaum Restriktionen sichtbar machen können, die über die allgemeine limitierende Funktion der objektiven Zurechnung hinausreichen. Mit dem Leichtfertigkeitmerkmal gelingt es, die Todeserfolgsqualifikationen klar zwischen der vorsätzlichen und der fahrlässigen Tötung zu positionieren.

Bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten, die das Leichtfertigkeitserfordernis bereits enthalten (§§ 176b, 178, 239a III, 251, 306c, 307 III Nr. 1, 308 III, 309 IV, 316a III und 316c III StGB), hat der Gesetzgeber die zweite Leitlinie schon umgesetzt. Der Reformbedarf bei dieser Gruppe ergibt sich aus der ersten Leitlinie, und zwar in zweierlei Hinsicht:

Zum einen hat bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe keinen Platz. Der Mordtatbestand des AE-Leben ist so konzipiert, dass, orientiert an unserem neuen Leitprinzip, die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nur in bestimmten höchststrafwürdigen Fällen vorsätzlicher Tötung in Betracht kommt und zugleich gewährleistet ist. Insoweit stellt § 211 AE, abgesehen von den Straftatbeständen des Völkerstrafgesetzbuchs, eine abschließende Regelung dar. Die alternative Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten verträgt sich damit nicht.

Die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe muss auf vorsätzliche Tötungsfälle beschränkt bleiben. Zwar braucht man nicht unbedingt die Ansicht zu vertreten, dass *de lege lata* bei leichtfertiger Herbeiführung der Todesfolge die absolute Höchststrafe niemals schuldangemessen sei. Um Konflikte mit dem Schuldprinzip zu vermeiden, muss man beachten, dass das Vorsatzminus durch andere unrechts- und schulderhöhende Umstände ausgeglichen wird. Auf einer solchen Linie mag man die Verhängung der lebenslangen Frei-

heitsstrafe insbesondere bei hohem Grad von Leichtfertigkeit, bei grausamem Vorgehen, bei schweren Misshandlungen, in besonders schweren (z.B. dem Mord nahekommenden) Fällen und bei mehreren Opfern für möglich halten. Man denke ferner etwa an tödlich ausgehende Geiselnahmen oder Flugzeugentführungen, in denen der Schritt zum geltenden § 211 StGB infolge letzter Zweifel am Tötungsvorsatz scheitert, in denen der Täter jedoch beispielsweise mehrere Geisel tödlich verstümmelt oder durch den Flugzeugabsturz zahllose Opfer getötet hat. Freilich hat die Diskussion einen recht theoretischen Charakter. Denn in solchen Konstellationen wird in der Regel doch ein Handeln mit Eventualvorsatz vorliegen. Bezeichnenderweise hat bisher auch die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe im Zusammenhang mit Todeserfolgsqualifikationen kaum praktische Bedeutung erlangt.

Weiter stellt sich auf dem Boden der Konkurrenzlösung die Frage, ob die wahlweise Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe zumindest mit Blick auf die Einbeziehung der vorsätzlichen Tötung eine Existenzberechtigung hat. Kaum zu einem Spannungsverhältnis mit § 211 StGB bzw. § 211 AE käme es, wenn in den Fällen vorsätzlicher Tötung (nahezu) stets ein die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe legitimierendes Mordmerkmal vorliegen würde. De lege lata wird man dies für die meisten Fälle sagen können, doch für gemeingefährliche Straftaten wie die §§ 306c und 308 III StGB trifft es nicht ohne weiteres zu. Insoweit mag man zwar de lege lata an die gemeingefährlichen Mittel des § 211 StGB gedacht haben. Indes muss selbst aus dem Blickwinkel des geltenden § 211 StGB die Schaffung einer unbeherrschbaren Gefahr für die Allgemeinheit nicht mit Taten gemäß den §§ 306c, 308 III StGB einhergehen. Beispielhaft denke man an die Tötung einzelner Personen durch das Anzünden eines Kraftfahrzeugs (§§ 306 I Nr. 4, 306c StGB) oder durch einen Sprengsatz (§ 308 III StGB).

Entscheidend ist aber die Perspektive der vom Arbeitskreis vorgeschlagenen Reform der vorsätzlichen Tötungstatbestände. Im Gegensatz zu § 211 StGB sind im § 211 II AE die Mordmerkmale enger gefasst. Zusätzlich findet noch eine Kontrolle mit Hilfe des Leitprinzips statt. Mit einer solchen Konzeption ist es nicht vereinbar, außerhalb des § 211 II AE durch den Todeserfolg qualifizierte Tatbestände zu statuieren, die bei vorsätzlichen Tötungen unter anderen und weiteren Voraussetzungen ebenfalls die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglichen.

Zum zweiten ergibt sich bei den geltenden todeserfolgsqualifizierten Delikten mit dem Leichtfertigkeitserfordernis Reformbedarf daraus, dass sie zwingend die Verhängung einer Freiheitsstrafe von nicht unter zehn Jahren vorsehen. Insoweit schlägt der Arbeitskreis vor, minder schwere Fälle mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren einzuführen. Der Vorschlag soll dem gegen die hohe Mindeststrafandrohung gerichteten Einwand abhelfen, dass bei einer vorsätzlichen Tötung, die mit einem todeserfolgsqualifizierten Delikt zusammentrifft, ein Rückgriff auf die milderen Strafraumen der §§ 212, 213 StGB bzw. § 212 AE ausscheidet. Im Leichtfertigkeitfall können sich erst recht Wertungswidersprüche ergeben, soweit, die Todeserfolgsqualifikation weggedacht, ein unterstellter Tötungsvorsatz die Anwendung milderer Strafraumen eröffnen würde.

§ 211 I AE droht für den „normalen“ Mord eine Mindeststrafe von fünf Jahren an. Bei den Vorsatz-Leichtfertigkeiten-Kombinationen liegt die Mindeststrafe bei zehn Jahren. Dieser Unterschied lässt sich für den Regelfall damit begründen, dass die um fünf Jahre erhöhte Mindeststrafe eine vertatbestandliche Strafzumessung darstellt, die ihre Legitimation aus der Begehung der vorsätzlichen bzw. leichtfertigen Tötung im Zusammenhang mit der vorsätzlichen Verwirklichung einer schweren Straftat erhält.

Aber es gibt Ausnahmefälle, bei denen die Untergrenze von zehn Jahren zu hoch erscheint. Man mag an Verzweiflungstaten wie die Tötung eines Familientyrannen durch eine Bombe oder einen Brandsatz denken, bei denen andere Menschen nicht gefährdet werden, aber die Grunddelikte erfüllt sind. Andere Beispiele kreisen um den eine Tötung hinnehmenden Räuber, dem es nur darum geht, einer notleidenden Familie zu helfen oder bedürftige Arme zu unterstützen. Oder: Ein psychisch und/oder physisch gequälter Gefangener wendet gegen den ihn plagenden Aufseher tödliche Gewalt an, um in den Besitz der Gefängnischlüssel (die er später wegwerfen will) zu kommen und damit seine Flucht zu ermöglichen. Ein nach Trennung und Scheidung tief verzweifelter Vater nimmt das Kind, das der Mutter übergeben werden soll, als Geisel und mit in den gemeinsamen Tod in der festen Überzeugung, zum Besten des Kindes zu handeln.

Auf der Ebene der §§ 211, 212 AE müsste man in allen Fällen diskutieren, ob § 211 II 2 Nr. 6 AE vorliegt und mit § 212 I AE zusammentrifft, so dass im Ergebnis § 212 II AE eingreift. Auf der Ebene der Todeserfolgsqualifikationen ist diese Flexibilität angesichts der Mindeststrafe von zehn Jahren bisher nicht möglich. Der Arbeitskreis schlägt vor, die Spannungen dadurch

zu lösen, dass man das bei den meisten Grunddelikten vorhandene Regel-Ausnahme-Strafraahmenprinzip (sprich: minder schwere Fälle des Grunddelikts) auf die todeserfolgsqualifizierten Delikte überträgt und bei ihnen in minder schweren Fällen eine Senkung der Mindeststrafe auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erlaubt. Diesen neuen minder schweren Fällen fällt insbesondere die Funktion zu, die Fälle gerecht zu ahnden, die aus der Perspektive der §§ 211, 212 AE in den Strafraahmenbereich zwischen fünf und zehn Jahren fallen. Einer weiteren Absenkung des Strafraahmens auf drei Jahre parallel zu § 212 II AE bedarf es nicht, da die Verwirklichung des Grunddelikts zusätzliches Unrecht beinhaltet.

Wenn das Leichtfertigkeitmerkmal konsequent eingeführt wird, könnte erwogen werden, es in allen Todeserfolgsqualifikationen zu streichen und in die allgemeine Vorschrift des § 18 StGB zu übernehmen. Ein solcher § 18 könnte lauten: „Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich einer Todesfolge wenigstens Leichtfertigkeit, hinsichtlich anderer Folgen wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.“

Der Arbeitskreis hat von einem solchen Änderungsvorschlag abgesehen, weil dies Konsequenzen für die todeserfolgsqualifizierten Delikte der §§ 7 III, 8 IV VStGB hätte, die auf § 18 StGB verweisen und de lege lata eine wenigstens fahrlässige Todesherbeiführung genügen lassen. Es könnte sein, dass die Besonderheiten des Völkerstrafrechts (teilweise) Ausnahmen vom Leichtfertigkeitserfordernis legitimieren. Dieser vielschichtigen Problematik kann der Arbeitskreis im Rahmen des vorliegenden Projekts nicht nachgehen.

Aus vergleichbaren Gründen wird nicht die Frage diskutiert, inwieweit bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten des Völkerstrafgesetzbuches von der Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen werden kann (vgl. §§ 7 III, 8 IV, 11 II 2, 12 II 2 VStGB).

VI. Verjährung

Nach § 78 II StGB verjährt Mord (§ 211 StGB) nicht. Der Arbeitskreis schlägt vor, diese Unverjährbarkeit für den gesamten neuen § 211 AE beizubehalten, so dass es einer Änderung des § 78 II nicht bedarf. Allerdings umfasst § 211 AE nunmehr auch Taten, die nach geltendem Recht als Totschlag (§ 212 StGB) zu beurteilen wären und damit der zwanzigjährigen

Verjährungsfrist nach § 78 III Nr. 2 StGB unterfallen, so dass sich im Ergebnis die Reichweite der Unverjährbarkeit nicht unerheblich erweitert. Da der Entwurf sich jedoch für ein zweistufiges Modell, wenn auch mit drei Strafrahmen, entscheidet, erscheint dies sachgerecht. Der neue Grundtatbestand Mord (§ 211 AE) trägt insgesamt der Höchstwertigkeit des Rechtsguts Leben Rechnung; dem entspricht die Entscheidung, solche Taten nicht verjähren zu lassen. Dies stimmt darüber hinaus mit der Regelung bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten des VStGB überein, die auch dann nach § 5 VStGB nicht verjähren, wenn sie neben der lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitige Freiheitsstrafe ermöglichen. Die Binnendifferenzierung des § 211 AE auf die Verjährungsfrage durchschlagen zu lassen, erscheint darüber hinaus auch aus praktischen Gründen wenig zweckmäßig. In kritischen Fällen wird sich die gerichtliche Feststellung, ob die Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllt sind, erst am Ende der Hauptverhandlung treffen lassen. Von solchen Unsicherheiten sollte die Entscheidung, ob das Prozesshindernis der Verjährung vorliegt, soweit vermeidbar, nicht abhängig gemacht werden.

§ 212 AE ist, abweichend von § 213 StGB, den er teilweise ersetzt, ein selbständiger Privilegierungstatbestand mit einer Strafobergrenze von zehn Jahren Freiheitsstrafe. Nach § 78 II Nr. 3 StGB beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre. Sie verkürzt sich gegenüber der für § 213 StGB nach § 78 II Nr. 2 geltenden zwanzigjährigen auf die Hälfte. Das ist eine notwendige Folge der neuen Konzeption des Entwurfs. Sie erscheint namentlich deshalb hinnehmbar, weil angesichts des engeren, nur noch Konflikttaten umfassenden Anwendungsbereichs des § 212 AE mit einer Strafverfolgung innerhalb der verkürzten Verjährungsfrist in aller Regel gerechnet werden sollte.

Nach der vom AE-Leben vorgeschlagenen Beseitigung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei allen durch den Todeserfolg qualifizierten Delikten unterfallen diese nicht mehr der dreißigjährigen Verjährungsfrist nach § 78 III Nr. 1 StGB, sondern verjähren nach zwanzig Jahren (§ 78 III Nr. 2 StGB). Auch dies erscheint hinnehmbar; zumal in der Praxis lebenslange Freiheitsstrafe in diesen Fällen kaum jemals verhängt wird und die Dauer der Verjährungsfrist von solchen exzeptionellen Sachverhalten nicht abhängig gemacht werden muss.

VII. Strafprozessuale Auswirkungen der Reform der Tötungsdelikte

1. Allgemeines

Nach der im Entwurf vorgeschlagenen Konzeption der vorsätzlichen Tötungsdelikte stellt der Mord (§ 211 AE) den Grundtatbestand und der Totschlag (§ 212 AE) einen selbständigen Privilegierungstatbestand dar. § 211 II AE ist als eine regelbeispielähnliche Strafzumessungsvorschrift zu verstehen. Gegenüber dem geltenden Recht, namentlich in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung des BGH, führt dies in einigen Fällen zu veränderten prozessrechtlichen Folgen, die bei der Erarbeitung der Vorschläge insgesamt mit bedacht worden sind. Sie erscheinen meist sachgerecht oder mindestens akzeptabel. In einigen Punkten sind klarstellende und ergänzende prozessuale Folgeänderungen erforderlich oder zu erwägen. Auf die folgenden Punkte ist hinzuweisen.

2. Inhalt des Anklagesatzes

Im Anklagesatz (§ 200 I 1 StPO) ist unverändert unter Angabe der rechtlichen Merkmale und der sie belegenden Tatsachen anzugeben, ob dem Angeschuldigten ein Mord oder ein Totschlag zur Last gelegt wird. In den Fällen des § 211 II AE muss der Anklagesatz ferner weiterhin trotz ihres nunmehr die Strafzumessung betreffenden regelbeispielsähnlichen Charakters auch die gesetzlichen Merkmale der jeweils verwirklichten Nummer des Absatzes 2 Satz 2 enthalten und konkretisieren, weil nach der vorherrschenden und zutreffenden Meinung auch solche Umstände in ihn aufzunehmen sind.

3. Rechtliche Hinweise

Es erscheint sachgerecht, dass, wie nach der gegenwärtigen Rechtsprechung, die umfassende Hinweispflicht nach § 265 I StPO auch künftig sowohl beim Wechsel zwischen Mord und Totschlag und umgekehrt als auch bei einem Wechsel zwischen den verschiedenen regelbeispielsähnlichen Strafzumessungsgründen des § 211 II AE besteht. Letzteres gilt auch deshalb, weil sich nach § 57a I 2 StGB i. d. F. des AE die Mindestverbüßungsdauer bei den einzelnen Fällen des § 211 II 2 AE unterscheidet. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung trotz möglicher Auslegungsschwierigkeiten diesem Bedürfnis Rechnung trägt. Falls es zu einer Neufassung der Vorschrift kommt, sollte eine Klarstellung angestrebt werden.

4. Inhalt der schriftlichen Urteilsgründe

Der den Inhalt der schriftlichen Urteilsgründe regelnde § 267 StPO bedarf in seinem Absatz 3 in Hinblick auf den vorgeschlagenen § 211 II AE einer Änderung. Bei Anwendung dieser Vorschrift, also wenn ihr der Strafrahen entnommen werden soll, können die Begründungserleichterungen des § 267 III 3 StPO nicht gelten, nach denen bei Verwirklichung eines Regelbeispiels nur begründet werden muss, weshalb der erhöhte Strafrahen nicht zur Anwendung kommt. In § 211 II AE wird den regelbeispielähnlich bezeichneten Fällen des Satzes 2 in Satz 1 eine leitprinzipartige gesetzliche Bewertung vorangestellt, durch die die Indizwirkung der einzelnen Merkmale relativiert wird, und zwar absteigend in ihrer Reihenfolge. Mit dieser gesetzlichen Vorgabe, die auch dadurch deutlich wird, dass deren Verwirklichung nur als „in der Regel ausreichend“ gekennzeichnet wird, müssen sich die Urteilsgründe stets auseinander setzen. Sie müssen erkennen lassen, dass sich das Gericht der abschwächenden Indizwirkung bei den einzelnen Merkmalen bewusst war und die vom Gesetz verlangten Bewertungen vorgenommen hat. Hierfür ist eine ausdrückliche Sonderregelung notwendig. Sie könnte dahingehend lauten, dass die Urteilsgründe sich stets darüber aussprechen müssen, ob und aus welchen Gründen der Strafzumessung § 211 II AE zugrunde gelegt worden ist, wenn nach den Feststellungen die Voraussetzungen einer der Nummern 1 bis 8 des Satzes 2 gegeben sind. Die Begründungslast für die Anwendung des sich aus § 211 II AE ergebenden Strafrahens, namentlich bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, liegt damit beim Gericht, und die Begründung wird umso eingehender sein müssen, je mehr die Besonderheiten des Einzelfalles das Leitprinzip in Frage stellen.

5. Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers

Bei der Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers, dessen Anschlussbefugnis sich aus § 395 I Nr. 2 und II Nr. 1 StPO ergibt, führt die Neufassung der §§ 211, 212 AE wegen der in § 400 I erster Halbsatz StPO enthaltenen Begrenzung zu einigen Veränderungen, die sachgerecht erscheinen. Während der Nebenkläger nach geltendem Recht bei einer Verurteilung nach § 213 StGB mit seinem Rechtsmittel keine Verurteilung nach § 212 StGB verlangen kann, kann er nach den Vorschlägen des Entwurfs, bei dem sich der Anwendungsbereich des § 212 AE weitgehend mit dem des gegenwärtigen § 213 StGB deckt, das Ziel einer Verurteilung nach § 211 I AE verfolgen, der den Anwendungsbereich des geltenden § 212 StGB mit erfasst. Dagegen kann er bei einer Verurteilung nach § 211 AE nicht mehr geltend machen, dass die Anwendung des sich aus dessen Absatz 2 ergebenden Strafrahens, insbesondere die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe, unterblieben sei.

6. Wiederaufnahme

Nach der Konzeption des Entwurfs (§ 211 II AE) hängt die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe entscheidend davon ab, dass eines der Satz 2 in den Nummern 1 bis 8 aufgeführten Tatbestandsmerkmale erfüllt wird. Ungeachtet des regelbeispielähnlichen Charakters dieser Vorschrift ist es deshalb ein Gebot der Gerechtigkeit, dass bei einer Erschütterung der tatsächlichen Grundlagen hier die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten nach § 359 Nr. 5 StPO auch dann möglich ist, wenn dadurch eine Verurteilung nach § 211 I AE nicht in Frage gestellt wird. Übereinstimmend mit einer für Regelbeispiele allgemein im Schrifttum zunehmend vertretenen Meinung geht der Entwurf davon aus, dass dies möglich ist und dass in diesem Punkt § 211 I AE im Verhältnis zu Absatz 2 Satz 2 nicht als dasselbe Strafgesetz im Sinne des § 363 I StPO angesehen werden kann. Eine strafprozessuale Gesetzesänderung, die dies klarstellt, erscheint derzeit entbehrlich.

7. Zuständigkeit des Schwurgerichts

Die Vorschläge des Entwurfs erfordern keine Änderung des § 74 II GVG, der für die vorsätzlichen Tötungsverbrechen und die durch den Todeserfolg qualifizierten Verbrechen die vorrangige Zuständigkeit einer Strafkammer als Schwurgericht bestimmt. Die Deliktsbezeichnungen und ihre Standorte bleiben unverändert. Die Veränderung der Strafrahmen wirken sich hierauf nicht aus. Eine Korrektur der offenbar versehentlich unterbliebenen Aufnahme des § 330a II StGB in den Katalog des § 74 II GVG liegt außerhalb der Zielsetzung des Entwurfs.

4. Bundesratsinitiative des Landes Schleswig-Holstein – BR-Drs. 54/14

Entwurf
eines...Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches
– Bereinigung der §§211ff.
(...StRÄndG)

Vom...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1
Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 18 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S.3799) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 211 wird wie folgt gefasst:

„§211
Mord

Wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“

2. In § 212 Absatz 1 werden der Halbsatz „ohne Mörder zu sein,“ und die Wörter „als Totschläger“ gestrichen.

3. In § 213 wird das Wort „Totschläger“ ersetzt durch das Wort „Täter“.

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Anlass und Zielsetzung des Gesetzentwurfs

Der Wortlaut der §§ 211, 212 StGB (Mord, Totschlag) geht zurück auf das „Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs“ vom 4. September 1941 (RGBl. I S.549). Während sich bis dato die Tatbestände von Mord und Totschlag nur durch das den Mord kennzeichnende Merkmal der „Überlegung“ bei Ausführung der Tötung unterschieden (§§ 211, 212 RStGB idF vom 15. Mai 1871, RGBl. I, S.166), der Totschlag also den Grundtatbestand einer vorsätzlichen Tötung bildete, sollte durch das „Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs“ vom 4. September 1941 (s.o.) der Mord als ein „Tötungsverbrechen eigener Art“ ausgestaltet werden (Freisler in: DJ1941, 929, 934).

Seither unterscheiden sich die §§ 211, 212 StGB durch ihre Formulierungen („Mörder ist, wer“ bzw. „ohne Mörder zu sein“) von den sonst üblichen Umschreibungen strafbaren Verhaltens. Die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB umschreiben regelmäßig ein bestimmtes Verhalten, welches dem Täter zum Vorwurf gemacht wird. Nur die Tat als vorwerfbare Handlung – nicht eine bestimmte Struktur der Täterpersönlichkeit – begründet die Strafbarkeit (Lenckner/Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 28. A. 2010, Vorbem. §§ 13ff Rn. 3 mwN.). Indem § 211 StGB formuliert: „Der Mörder wird ... bestraft.“ (Abs. 1) bzw. „Mörder ist, wer ...“ (Abs.2) und in § 212 StGB („ohne Mörder zu sein“) der Täterkreis in Exklusivität zu demjenigen des § 211 StGB beschrieben wird, sollten diese Tatbestände die Strafbarkeit nach dem Willen ihrer Autoren nicht (primär) an eine umschriebene Handlung, sondern an die Person bzw. den „Typus“ des Täters knüpfen. Dieser Ansatz entsprach der von den Vordenkern der „Rechtserneuerung“ im Strafrecht propagierten Lehre vom (normativen) Tätertyp (vgl. die Nachweise bei Lenckner/Eisele aaO., Vor §§ 13ff.Rn.5). Das gesetzgeberische Motiv belegen die zeitgenössischen Erläuterungen der Autoren (Freisler DJ 1941, S. 929, 936: „gesetzgeberische Umreiβung von Verbrecherpersönlichkeiten“; Schmidt-Leichner DR 1941, S. 2145, 2147: „Wer dieses Gesetz liest, sieht den Mörder als Typus plastisch vor sich. (...) Daβ das Gesetz nicht mehr wie bisher von Mord und Totschlag spricht, sondern den Täter als Mörder und Totschläger kennzeichnet, ist nicht nur eine äußerliche Änderung, sondern

soll den Wandel vom Tat- zum Täterstrafrecht zum Ausdruck bringen. (...) Der Gesetzgeber stellt damit in dem neuen § 211 den gesetzlichen Tätertyp des Mörders auf. (...) Mörder wird man nicht, Mörder ist man.“

Nach alledem steht außer Frage, dass die Gesetzesformulierungen („Mörder ist, wer...“ bzw. „ohne Mörder zu sein“) die nationalsozialistische Strafrechtsideologie, insbesondere die Lehre vom (normativen) Tätertypus (vgl. die Nachw. Bei Lenckner/Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 28. A. , Vor §§ 13ff. Rn. 5) widerspiegeln.

Schon das Reichsgericht lehnte freilich die Figur eines „Tätertyps“ des Mörders ab (RGSt 76, 297-299; 77, 41-46). Dem folgte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 1, 368-372; 9, 385-390 [GrSen]). Bei allem Dissens über das systematische Verhältnis der §§ 211 und 212 StGB zu einander entspricht es der allgemeinen Auffassung, dass die einen Tätertypus suggerierenden Gesetzesformulierungen heutzutage inhaltlich ohne jede Konsequenz sind (BGHSt 36, 231,234; Lenckner/Eisele aaO.; ähnlich Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 28. A. 2010, § 212 Rn. 1: „heute ohne sachliche Bedeutung“; Fischer, StGB, 61. A. 2014, § 212 Rn. 2: „eher verwirrend“; Sinn in :SK-StGB, Stand: Juni 2012, § 212 Rn. 1: „lediglich historische Bedeutung“; Jähnke in: LK-StGB, 10. A. 1988, Vor § 211 Rn. 36: „nicht hilfreich“). Gleichwohl ist der ideologisch eindeutig gefärbte Wortlaut bis heute unverändert geblieben.

Es besteht schon seit geraumer Zeit im Grundsatz Einigkeit darüber, dass die (vorsätzlichen) Tötungsdelikte insgesamt reformbedürftig sind (Fischer, StGB, 61. A., Vor §§ 211-216 Rn. 3; vgl. BT-Drs.13/4830 – Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS90/DIEGRÜNEN im Jahre 1996, Fragen 14. - 16.; s. im Übrigen nur Sowada JZ 2000, 1035-1045: „Warten auf Godot“; Kargl JZ 2003, 1141-1149; Mitsch JZ 2008, 336-340; Grünwald JA 2012, 401-406: „vergessene Reform“). Bisherige Reformansätze (Übersicht bei Sinn in: SK-StGB [Stand: Juni 2012], § 211 Rn. 5) drangen jedoch nicht durch.

Der Gesetzesantrag des Bundesrats sieht deshalb nunmehr eine Wortlautbereinigung vor, damit nicht auf unbestimmte Zeit an zentraler Stelle des Strafgesetzbuchs ein Gesetzeswortlaut verbleibt, dem die NS-Ideologie seiner Autoren nachgerade auf die Stirn geschrieben steht. Der Bundesrat betont zugleich, dass diese ausschließlich redaktionelle Bereinigung die weiterhin dringend gebotene inhaltliche Reform der Tötungsdelikte nicht ersetzen kann und nicht ersetzen soll.

Da genuin nationalsozialistisches Gedankengut nicht allein in der Verwendung typologisierender Täterumschreibungen („Mörder“, „Totschläger“), sondern vor allem in der beschriebenen Tatbestandsarchitektur seinen Ausdruck gefunden hat, kann eine redaktionelle Bereinigung der §§ 211, 212 StGB sich nicht in einer Streichung bzw. Ersetzung der Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ erschöpfen. Vielmehr ist der Gesetzeswortlaut so zu redigieren, dass die übliche, auch für §§ 211, 212 StGB geltende Anknüpfung der Strafdrohungen an Tathandlungen im Gesetzestext zum Ausdruck kommt. Es handelt sich um eine schlichte Klarstellung im Sinne der allgemeinen Auslegungspraxis. Um eine rasche und einvernehmliche Umsetzung zu gewährleisten, wird ausdrücklich davon Abstand genommen, die bestehende Rechtslage zu verändern. Eine inhaltliche Neugestaltung der Tötungsdelikte bleibt einer weiterhin anzustrebenden umfassenden Reform vorbehalten. Aus Gründen der Systematik und Konsequenz wird § 213 StGB (Minder schwerer Fall des Totschlags) in die Überarbeitung einbezogen, auch wenn die Fassung dieser Vorschrift nicht im Kontext der NS-Zeit bzw. der Tätertypenlehre entstanden ist.

II. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (Strafrecht).

III. Gesetzesfolgen

Finanzielle Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, auf die Wirtschaft oder auf das Preisniveau für Verbraucher sind durch den Gesetzentwurf nicht zu erwarten. Die bestehende Rechtslage wird durch die rein redaktionelle Überarbeitung nicht verändert. Insofern entsteht auch für die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte kein Mehraufwand.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

Zu Nummer 1 (§ 211 StGB-E)

In § 211 StGB-E werden die beiden bisherigen Absätze der Vorschrift zu einem einzigen Absatz verschmolzen. Die bislang in Absatz 2 aufgeführten Mordmerkmale bleiben als solche sprachlich unverändert und werden zu Modalitäten der Tathandlung. Es handelt sich bei alledem um eine rein redaktionelle Anpassung. Eine inhaltliche Veränderung der bestehenden Rechtslage ist damit nicht verbunden.

Zu Nummer 2 (§ 212 StGB-E)

In § 212 Absatz 1 StGB-E werden der Halbsatz „ohne Mörder zu sein“ und die Wörter „als Totschläger“ ersatzlos gestrichen, da sie nach jedermanns Auffassung inhaltlich ohne jede Bedeutung sind. Absatz 2 der Vorschrift bleibt unverändert.

Die Streichungen in Absatz 1 sind rein redaktioneller Natur, eine inhaltliche Veränderung der bestehenden Rechtslage ist damit nicht verbunden. Insbesondere bedeutet der Verzicht auf den Zusatz „ohne Mörder zu sein“ keine gesetzgeberische Entscheidung für oder gegen die vom Bundesgerichtshof vertretene These von der Eigenständigkeit der Tötungstatbestände (Nachw. bei Fischer, StGB, 61. A., § 211 Rn.89). Der Bundesgerichtshof stützt seine These von der Exklusivität der §§ 211, 212 StGB nicht auf den Wortlaut des § 212 StGB; vielmehr hat er stets betont, „dass die vorsätzliche Tötung auch ein Merkmal des §211 StGB ist“ (BGHSt 1, 368, 370) und diesen Umstand nicht als Beleg gegen die Eigenständigkeit beider Bestimmungen gewertet, vgl. BGHSt 36, 231, 234: „(...) die vorsätzliche Tötung des § 212 StGB ist ein notwendiges Merkmal des § 211 StGB (so auch BGHSt 1, 368, 370). Der Wortlaut des § 212 StGB – ‚ohne Mörder zu sein‘ – widerspricht dem nicht.“

Zu Nummer 3 (§ 213 StGB-E)

In § 213 StGB-E wird aus Gründen der systematischen Konsistenz mit den §§ 211, 212 StGB-E der Begriff „Totschläger“ ersetzt durch „Täter“. Nach herrschender Meinung bezieht sich § 213 StGB nur auf den Totschlag, ist systematisch also zu lesen als „§ 212 Abs. 3“; ganz unbestritten ist dies freilich nicht (Nachweise bei Fischer, StGB, 61. A. 2014, § 213 Rn. 1, und Eser in: Schönke/Schröder, StGB, 28. A. 2010, § 213 Rn. 3). Zur Begründung ihres Standpunkts verweist die herrschende Meinung bisher (auch) auf den Gesetzeswortlaut „Totschläger“. Angesichts der Ersetzung durch den neutralen Begriff des „Täters“ entfällt diese sprachliche Anknüpfung an den Totschlag nunmehr. Allerdings bleibt die gesetzliche Überschrift der Vorschrift („Minder schwerer Fall des Totschlags“) unverändert. Hierdurch ist klargestellt, dass eine gesetzgeberische Entscheidung für oder wider die eine oder die andere Auffassung nicht getroffen wird.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

5. Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – NStZ 2014, 9-17 (Rüdiger Deckers, Thomas Fischer, Stefan König, Klaus Bernsmann)

Seit langer Zeit wird eine Reform der Tatbestände der §§ 211 ff. StGB für notwendig gehalten. In den vergangenen Legislaturperioden sind mehrere Vorschläge erarbeitet worden; zu einem konkreten Gesetzgebungsvorhaben ist es nicht gekommen. Die Verfasser fügen zu den vorliegenden Entwürfen einen weiteren hinzu. Hierbei geht es selbstverständlich nicht darum, die Anzahl der Zweifelsfragen und Lösungsvorschläge um ihrer selbst willen zu erhöhen. Vielmehr erscheint es bedenkenswert und wird hier vorgeschlagen, den bislang sehr feingliedrig ausdifferenzierten Vorschlägen den Entwurf einer „einfachen“ Lösung gegenüberzustellen, die zum einen den Geboten rechtsstaatlicher Strafverfolgung besser gerecht wird als die gegenwärtige, vielfach unzureichende Konzeption, zum anderen eine gesetzliche Überdifferenzierung vermeidet und auf die Weisheit praktischer Rechtsentwicklung vertraut. Der Vorschlag knüpft damit an eine Tradition der Gesetzgebungstechnik an, die sich bewährt hat, in den Verästelungen angeblich unabweislicher Einzelfalls-Regelungen jedoch unterzugehen droht.

Die Verfasser Deckers und König sind Mitglied bzw. Vorsitzender des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins (DAV) und Mitglieder von dessen Unterausschuss „Reform der Tötungsdelikte“. Der Verfasser Bernsmann ist Hochschullehrer an der Ruhr-Universität Bochum. Der Verfasser Fischer ist Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof. Der Text des Beitrags knüpft an ein Positionspapier von Deckers an, das der Strafrechtsausschuss des DAV im Herbst 2013 gebilligt hat. Die von Fischer erstellte Fassung für die Veröffentlichung gibt die gemeinsame Ansicht der Verfasser wieder.

I. Einleitung

Dass eine Reform der gesetzlichen Tatbestände der Tötungsdelikte (§§ 211 bis 216 StGB) dringend erforderlich, geboten, ja „überfällig“ sei, gilt seit Langem als ausgemacht. Wie bei kaum einer anderen Rechtsmaterie berühren sich in diesem Reformvorhaben grundsätzliche rechtspolitische Positionen, öffentliches Interesse, Kriminologie und Rechtsdogmatik: Tötungsdelikte gelten als die „schwersten“, das Sicherheitsgefühl am meisten beeinträchtigenden Delikte, und ihre Verfolgung und Bestrafung sind nicht selten und in vielen Gesellschaften Widerspiegelung und Gradmesser rechtspolitischer „Überzeugungen“, rechtsstaatlicher Standards und kriminalpolitischer Konzepte.

Die geltende Regelung des 16. Abschnitts des Besonderen Teils weist - im Widerspruch zu dieser hohen Bedeutung der Behandlung der Kapitaldelikte für die Rechtskultur insgesamt -

eine Vielzahl von Unklarheiten, widersprüchlichen Konzept-Ansätzen und ungeklärten Regelungen im Einzelnen auf. Dies wird seit Langem beklagt; auf Dauer ist es nicht hinzunehmen.

II. Die Lex lata

Gegenstand der Betrachtung sind die §§ 211, 212, 213 StGB, wie sie für die Bundesrepublik Deutschland durch das 3. StÄG v. 4.8.1953¹ übernommen², mit dem 1. StrRG vom 25. Juni 1969, bekanntgemacht am 2. Januar 1975 (BGBl I S. 1), neu gefasst (Freiheitsstrafe statt Zuchthaus) und nur durch eine Strafrahmenverschärfung beim minder schweren Fall des Totschlages durch das 6. StrRG v. 26.1.98 (BGBl I S. 164) verändert worden sind³.

1) 3. StÄG (1953)

Das 3. StÄG vom 4.8.1953 übernahm die im Jahr 1941 eingeführte Regelung der Tötungsdelikte; die Rechtsfolge der Todesstrafe war mit dem Grundgesetz vom 23. Mai 1949 (Art. 102) abgeschafft worden. Mit der Neuregelung 1941 wurde das sog. *Überlegungsprinzip*⁴, das seit 1871 (RStGB) gegolten hatte, durch eine am „Tätertyp“ orientierte Beschreibung ersetzt⁵; seither heißt es in § 211 Abs. 2: „Mörder ist, wer...“, und in § 212 Abs. 1: „Wer einen Menschen tötet (...), wird als Totschläger verurteilt“⁶. Dem lagen nicht Schuld-Erwägungen zugrunde, sondern eine am „Typ“ des Menschen orientierte biologistische Anschauung. Die durch Gesetz von 1941 eingeführte Mordkasuistik enthält eine Aufzählung

¹ BGBl. I 1735.

² Neubekanntmachung vom 25.8.1953 (BGBl. I 1083).

³ Daneben wurde § 217 (Kindstötung) aufgehoben, damit jedoch mehr Probleme geschaffen als gelöst, und § 221 StGB zu einem Gefährdungsdelikt im Vorfeld der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ausgeweitet; vgl. dazu: Zwihehoff Die provozierte Tötung, 2001; Fischer 15 Jahre Sechstes Strafrechtsreformgesetz - Blick zurück nach vorn, in FS Frisch, 2013, S. 31 ff., 41: „Bemerkenswert für ein Gesetzeswerk, das die Reform des besonderen Teils zu einem Abschluss bringen wollte, ist der Umstand, dass eine - seit langem als notwendig angesehene - Neufassung der Tötungsdelikte (...) ausblieb (...).“

⁴ „(...) wenn er (scil: der Täter) die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat“ wird die vorsätzliche Tötung mit dem Tode bestraft. Daneben wurden als nicht höchststrafwürdig die beiden qualifizierten Tötungstatbestände gefasst (Strafandrohung mindestens 10 Jahre bis zu lebenslangem Zuchthaus), dass jemand (...) bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet“. Zur Geschichte des Überlegungsprinzips, der Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur: Thomas Die Geschichte des Mordparagraphen, 1985, S. 201 ff.; In Deutschland wurde unter dem Einfluss des auf die römische Kaiserzeit zurückgehenden italienisch-kanonischen Rechts seit dem 14. Jhd. zwischen dem mit Vorbedacht (propositum, praemeditatio) begangenen Mord und dem Totschlag „von jähem Zorn oder von Trunkenheit“ unterschieden, zit. nach Kargl JZ 2003, 1141 ff., 1148 Fn. 96; vgl. dazu ausführlich: Eser Gutachten D zum 53. DJT, 1980, S. 23 ff., 117 ff.; Sotelsek Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 14 ff., 91 ff.; Überblick bei Vöhringer Tötung auf Verlangen, 2008, S. 227 ff.

⁵ Freisler lobte die Abschaffung des „überintellektualistischen“ Überlegungskriteriums in DJ 1941, 935; Rietzsch (in: Pfundtner-Neubert, Das neue Reichsrecht, 2. Aufl., S. 171) polemisierte gegen die Wurzeln des Überlegungsprinzips im Denken der Aufklärung. Schmidt-Leichner fasste den Grundgedanken der Neuregelung zusammen: „Mörder wird man nicht, Mörder ist man“ (DR 1941, 2148; alle Zitate nach Eser DJT-Gutachten S. 32 und Rn. 41, 49, 50).

⁶ Zur Tätertypenlehre und deren Bedeutung bei der Entstehung des § 211 im Jahre 1941: Frommel JZ 1980, 559 ff.

moralisch gefärbter Merkmale, die geprägt ist von dem Bild des Mörders als einer Person, die die Todesstrafe „verdient“⁷.

Der nationalsozialistische Gesetzgeber erfand das Mordmerkmal der sog. „sonstigen niedrigen Beweggründe“, das in der Praxis - neben der „Heimtücke“ - einen der beiden Hauptanwendungsfälle des § 211 darstellt. Es ist seit Langem vielfältiger und berechtigter Kritik ausgesetzt⁸. Das Merkmal hat - gerade auch durch seine ergänzende und „öffnende“ Bezugnahme auf die übrigen Merkmale der ersten Gruppe - eine besondere Bedeutung und prägt in seiner Fixierung auf eine *moralisch*-wertende Betrachtung den Tatbestand insgesamt. Die Konstruktion des Merkmals ist daher in ihrem Kerngehalt nationalsozialistischem Gedankengut zuzuordnen, auch wenn der Begriff der „Niedrigkeit“ grundgesetzkonform ausgelegt werden kann.

Von großer praktischer Bedeutung, zugleich von unsicherem und seit Jahrzehnten streitigem Gehalt ist das Merkmal der „Heimtücke“ (aus der „zweiten Gruppe“ der Mordmerkmale). Das *BVerfG* hat im Jahr 1977 entschieden, das Gesetz sei bei verfassungskonform-restriktiver Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar⁹. Die Rechtsprechung des *BGH* hat seither in einer Vielzahl von Fällen versucht, diesem Restriktions-Gebot Rechnung zu tragen. Die sog. Rechtsfolgenlösung des *Großen Senats* des *BGH*¹⁰ ist *praktisch* vereinzelt geblieben; die Praxis hat vielmehr eine an Fallgruppen orientierte, stark einzelfallbezogene Anwendung des Merkmals entwickelt. Dies betrifft, ebenso wie beim Merkmal der „sonstigen niedrigen Beweggründe“, namentlich die subjektive Komponente, deren Feststellung von der Rechtspraxis in hohem Maße mit normativen Erwägungen moralischen, vom „Zeitgeist“, allgemeinen Erwägungen zur Generalprävention und kaum vorhersehbaren Abwägungen bestimmt wird¹¹.

⁷ In der Begründung zum Entwurf der Schwerverbrecherverordnung vom April 1940 hieß es dazu: „Einer volkstümlichen Rechtsauffassung entsprechend muss für die Unterscheidung (scil.: zwischen Mord und Totschlag) die Gesinnung, aus der heraus der Täter die Tötung unternommen oder durch die Art der Ausführung der Tat und die gewählten Mittel bewiesen hat, entscheidend sein. Die Abgrenzung des Entwurfs zwischen Mord und Totschlag ermöglicht eine gerechte, allen Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragende Entscheidung. Die Bezeichnung des Täters als Mörder bzw. als Totschläger weist den Richter darauf hin, die Gesamtpersönlichkeit des Täters zu prüfen und zu würdigen“. Freisler formulierte zum Tätertyp (des „Plünderers“): „Der Gesetzgeber hat ihn nicht durch Zusammensetzung von Tatbestandsmerkmalen konstruiert. Er hat ihn ganz einfach hingestellt. Damit der Richter ihn ansehen und sagen kann: das Subjekt verdient den Strang“ (Freisler Gedanken zur Verordnung gegen Volksschädlinge, DJ 1939, S. 1450, 1451). Vgl. dazu Gruchmann Justiz im Dritten Reich 1933/1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, 2002, S. 746, 900 ff.

⁸ Vgl. Fischer StGB, 61. Aufl., § 211 Rn. 15 (Fehlen objektivierbarer Maßstäbe, Öffnung Willkür-gefährdeter Bewertungsspielräume und die vom Gesetzgeber programmatisch beabsichtigte Einbeziehung von Persönlichkeits- und Schuldbeurteilungen schon auf der Tatbestandsebene); Wolf Schreiber-FS, 2003, S. 519 ff., 531; Schneider Widmaier-FS, 2008, 759 ff., 763 ff.; MK-Schneider 2012, § 211 Rn. 70ff.; Rasch/Hinz Kriminalistik 1980, 379.

⁹ BVerfGE 45, 187. Die Entscheidung befasste sich nur mit den Fragen der Verhältnismäßigkeit lebenslanger Freiheitsstrafen und den Tatbestandsmerkmalen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat.

¹⁰ BGHSt 30,105 ff.

¹¹Vgl. dazu die Einzelfall-Nachweise etwa bei MK-Schneider § 211 Rn. 71 ff.; Fischer 61. Aufl., § 211 Rn. 22 ff.

Seit Jahrzehnten umstritten und weiterhin ungeklärt ist das Verhältnis der Tatbestände der §§ 212 und 211 StGB zueinander. Die Frage ist keineswegs rein akademisch, denn von der Entscheidung, ob es sich bei den Fällen des § 211 Abs. 2 um Qualifikationen (so die ganz herrschende Lehre) oder um „eigenständige“ Tatbestände (so die Rspr.) handelt, hängt die Anwendung des § 28 StGB und damit die Strafraumenbestimmung für Teilnehmer ab. Die hierüber geführte dogmatische Diskussion¹² ist selbst für Fachleute schwer überschaubar, für Laien gänzlich unverständlich. Für die Bürger erscheinen die Anwendungsvoraussetzungen dieser Kernvorschriften des geltenden Rechts damit insgesamt unklar, die Anwendungspraxis hat in der öffentlichen Wahrnehmung einen beinahe zufälligen Charakter.

2) Kritik

Bereits der 53. Deutsche Juristentag (1980) hat die Dringlichkeit einer Neuregelung der Tötungsdelikte festgestellt. Eser hat mit seinem damaligen Gutachten den Vorschlag für eine Reform vorgelegt, der unter anderem die Interdependenz zwischen polizeilicher Vernehmungstechnik und materieller Gesetzeslage aufzeigte. Dem schweigenden Beschuldigten sei - regelmäßig - ein („Gesinnungs-“)Mordmerkmal nicht zuschreibbar¹³; daher liege ein wesentliches kriminalistisches Ziel gerade darin, ihn zum Sprechen zu bringen. Rasch/Hinz¹⁴ haben dies Zielsetzung polizeilicher Ermittlung in ihrer Erhebung zur Praxis der Ermittlungsvernehmung in Kapitalstrafverfahren zutr. als: „Für den Tatbestand ermitteln“ bezeichnet. In den von ihnen untersuchten 85 Fällen war bei der Erstvernehmung eines Beschuldigten im Kapitalstrafverfahren nicht in einem einzigen Fall ein Verteidiger zugegen. Auch die Problematik der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO) stellt sich in Kapitalstrafverfahren daher in besonderem Maße¹⁵. Interventionsmöglichkeiten des Verteidigers werden durch die ermittelnden Kriminalbeamten nicht aus professioneller Deformation unterlaufen, sondern wegen der materiellen Rechtslage¹⁶.

¹² Vgl. dazu den Überblick bei Fischer 61. Aufl., § 211 Rn. 87 ff. m w N.

¹³ Vgl. Eser Gutachten, S. 43: „Am einfachsten kommt natürlich jener Täter weg, der seine Motivation zu verschleiern oder durch schlichtes Schweigen zu verbergen weiß: Ihm kann jedenfalls nicht ein niedriger Beweggrund angelastet werden.“

¹⁴ Kriminalistik 1980, 377 ff.

¹⁵ Stern Verteidigung in Mord- und Totschlags-Verfahren, 2013, Rn 1820ff.; Deckers Kapitalstrafsachen, in Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, 2006, S. 1565 ff., 1578 ff.

¹⁶ Vgl. dazu: Eser Gutachten, S. 72: „Je schwerer die Beweisbarkeit eines Strafbarkeitselements, desto zufälliger seine Anwendung. Je subjektiver ein Merkmal, desto größer seine Manipulierbarkeit: so etwa, weil von der Artikulationsfähigkeit (scil.: und -willigkeit, d. V.) des Angeklagten und dem forensischen Geschick seines Verteidigers abhängig oder weil leichter für Ignorierung oder Unterstellung der Verfolgungsinstanzen offen.“; dort Rn. 40: „Solcher Manipulierbarkeit (...) sehen sich (...) vor allem die ‚sonstigen niedrigen Beweggründe‘, aber auch etwa die subjektiven Elemente in primär objektiven Merkmalen (wie etwa bei Heimtücke das Bewusstsein des Ausnutzens bzw. die ‚feindliche Willensrichtung‘) ausgesetzt.“; zur unterschiedlichen Handhabung der Merkmale zwischen polizeilichen Ermittlern und Justizorganen: Kreuzer ZRP 1997, 50 ff.

Die Asymmetrie der Vernehmungssituation¹⁷, in der der oft justizunerfahrene Beschuldigte auf ein gut ausgebildetes Mitglied oder Team einer Mordkommission trifft, ist auch nach einigen grundlegenden Entscheidungen des *BGH*¹⁸ und der Reform zur Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren¹⁹ nicht wesentlich verändert. Die Problematik der „facta interna“, ohne deren Erhebung (über die Aussage des Tatverdächtigen) die Verwirklichung eines Mordmerkmals meist nicht oder nur unsicher anhand äußerer Indizien festgestellt werden kann, stellt sich bei der aktuellen Gesetzeslage wie beim Überlegungsprinzip gleichermaßen; ein Regelbeispielsystem würde dies nicht verändern²⁰. Problematisch ist dies namentlich deshalb, weil damit gerade bei Ermittlungen wegen des schwersten Delikts des geltenden Strafrechts ein hoher Anreiz geschaffen wird, belastende subjektive Umstände gezielt unter Umgehung von Verteidigungsmöglichkeiten „hineinzuermitteln“. Das ist vom Legalitätsprinzip keineswegs stets geboten.

III. Reformvorschläge

1) Reformvorschlag von *Eser* (1980)

Eser schlug in seinem Gutachten für den 53. DJT 1980 einen Einheitstatbestand mit Regelbeispielen vor; daneben sollte in § 212 eine ebenfalls an Regelbeispielen orientierte Privilegierung treten:

§ 211-E (Mord)

„(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren, in besonders schweren Fällen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter dadurch eine besonders gefährliche Einstellung gegen Leib und Leben erkennen lässt, dass er

1. mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder die Lebensgefährdung Dritter in Kauf nimmt,
2. mit einer Schusswaffe tötet, die er oder ein Tatbeteiligter gewohnheitsmäßig unerlaubt mit sich führt,

¹⁷ Vgl. Glatzel Die Ermittlungsvernehmung aus psychologisch-psycho-pathologischer Sicht, StV 1982, 283 ff.

¹⁸ Vgl. BGHSt 47, 172; BGH NSiZ 2002, 380; 2004, 390.

¹⁹ Vgl. dazu: Deckers StraFo 2009, 441; Eisenberg DRiZ 2011, 365 ff.; ders. JA 2012, 452 ff.

²⁰ Vgl. dazu: Sotelsek aaO, S. 222.

3. die Tötung unter Mitwirkung eines anderen begeht, mit dem er sich bandenmäßig zur Begehung von Gewalttaten verbunden hat,
4. die Tötung in einer für das Opfer besonders qualvollen Weise ausführt,
5. das Vertrauen des Opfers oder einer Schutzperson arglistig erschlichen oder bestärkt hat,
6. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Gewinnsucht tötet oder
7. die Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat begeht.“

Alternativ für den Fall der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe:

„Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren bestraft.“

§ 212 (Totschlag)

„(1) Wer aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung, die den Umständen nach menschlich begreiflich ist, tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ein solcher Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter sich durch eine nicht unerhebliche Bedrohung, Körperverletzung oder Beleidigung, die ihm oder einer ihm nahestehenden Person ohne überwiegende eigene Veranlassung vom Getöteten zugefügt worden ist, zur Tat hat hinreißen lassen,
2. der Täter sich oder eine ihm nahestehende Person aus einer ihm ausweglos erscheinenden, nicht überwiegend selbst veranlassten Konfliktlage mit dem Getöteten zu befreien versucht oder sonst aus Verzweiflung oder aus Mitleid mit dem Opfer tötet, oder
3. eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.“

Der Entwurf ist aus verschiedener Richtung kritisiert worden. Er mischte objektive mit subjektiven Gefährlichkeitsaspekten, erhob den Mord zum Grundtatbestand und transportierte daneben eine Reihe der Merkmale der lex lata in die neue Fassung, ohne eine wirklich qualitative Distanzierung von der Gesetzesfassung aus 1941 zu vollziehen²¹.

²¹ Zur Kritik vgl. auch Fuhrmann in: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages. Band II. Berlin 1980, Referat S. M 16, 17.

2) Entwurf BMJ (2001)

Im Jahr 2001 kursierte ein Arbeitsentwurf des BMJ, der aber öffentlich kaum diskutiert²² und nach dem Ende der 14. Wahlperiode offenbar auch nicht weiter verfolgt wurde²³.

3) Reformvorschlag von *Thomas* (1985)

Auf der Basis einer „normengenetische(n) Untersuchung“ schlug *Thomas* - mit dem erklärten Ziel einer „Entmythologisierung“ von Mord und Totschlag - den folgenden Einheitstatbestand vor:

§ 212 (Mord)

(1) Wer einen Menschen tötet, wird wegen Totschlags mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. mehrere Menschen oder einen Menschen mit gemeingefährlichen Mitteln tötet,
2. einen Menschen bei der bandenmäßigen Begehung von Gewalttaten oder zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat tötet,
3. einen Menschen aus Rassenhass, Habgier oder zur Befriedigung des Geschlechtstriebes tötet.

(3) Ein besonders schwerer Fall darf nur angenommen werden, wenn Ursachen, Anlass und Umstände der Tat sowie das Verhältnis von Opfer und Täter die besondere Missbilligung der Tat rechtfertigen.

Der Entwurf stellte zur Heraushebung des mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten besonders schweren Falls somit vornehmlich darauf ab, ob die Tat durch einen interpersonalen Konflikt geprägt ist; intrapersonelle Konflikte des Täters haben eine nur untergeordnete Bedeutung. Daneben treten die Merkmale der Gemeingefährlichkeit und der Professionalität

²² Vgl. dazu: Otto Jura 2003, 612, 621 f.

²³ Es sollte klargestellt werden, dass das Verhältnis des Totschlags zum Mord als Grund- und Qualifikationstatbestand geregelt ist (vgl. dazu auch Gössel ZIS 2008, 153 ff.; auch: Küper JZ 1991, 862, 868), allerdings sollten die Mordmerkmale festgeschrieben, jedoch bei der heimtückischen Tötung ein besonderer Strafmilderungsgrund eingeführt werden, der in außergewöhnlichen Fällen eine zeitige Freiheitsstrafe zuließ. Schließlich sollte § 213 aufgehoben und durch eine allgemeine Klausel für minder schwere Fälle im § 212 Abs. 2 mit einer Strafandrohung von einem Jahr bis zu zehn Jahren ersetzt werden.

des Täters. Der Gesichtspunkt der besonderen Missbilligung der Tat soll dem Tatrichter eine umfassende Analyse und Würdigung von Genese, Umständen und Konstellation auferlegen.²⁴

Wie jede an Regelbeispielen orientierte Fassung trägt auch diese die Gefahr in sich, dass auch von ihrem Wortsinn nicht erfasste Konstellationen verschärfter Strafe unterworfen werden können, das Analogieverbot mithin nur formal beachtet und Art. 103 Abs. 2 GG umgangen wird²⁵. Die Praxis lehrt zudem, dass in Fallkonstellationen, denen Konflikt- und Spontan-taten im personalen Nahbereich zugrunde liegen - das dürfte die überwiegende Zahl der Fälle sein²⁶ - oft gerade die Betrachtung der gegenseitigen Abhängigkeit von inter- und intrapersonalen Konflikten den Schlüssel zur gerechten Beurteilung liefert.

4) Reformvorschlag von *Kargl*

*Kargl*²⁷ sieht die durch die Entscheidung des *BVerfG* angestoßene Vollstreckungslösung des § 57a StGB als durch die Praxis konterkariert an, denn seit ihrer Einführung habe die Anzahl der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten erheblich zugenommen, obwohl die Zahl lebensvernichtender Taten stagniere; die Gerichte würden offenbar dazu verleitet, ihre frühere Zurückhaltung gegenüber der Anwendung der Mordmerkmale wegen der Aussicht auf Vollstreckungsmilde aufzugeben²⁸.

Kargl hat sich daher für die Aufgabe der lebenslangen Freiheitsstrafe auf der Ebene des Strafurteils ausgesprochen²⁹. Dies allein werde freilich die „Gesetzlichkeitskrise des Mordtatbestandes“ nicht beheben, ebenso wenig eine Reform, die den „niedrigen Beweggründen“ nur eine *Fassade aus Regelbeispielen* vorblende. Die gesinnungsorientierte Sprache der Mordmerkmale sei auslegungsmethodisch unheilbar. Als rechtliche Anhaltspunkte für besondere Tatschwere könnten die - objektiven - Aspekte dienen, die im Rahmen der Rspr. zur besonderen Schwere der Schuld im Rahmen des § 57a StGB herausgearbeitet wurden: Tötung mehrerer Opfer bei ein und derselben Tat³⁰, tatmehrheitliche Begehung von mehreren Tötungen³¹, Erfüllung weiterer Straftatbestände durch dieselbe Tat (z. B. Raub)³², weitere im

²⁴ Vgl. *Thomas* Die Geschichte des Mordparagraphen, 1985, S. 333 ff.; *Sotelsek aaO*, S. 202.

²⁵ *Sotelsek* S. 224.

²⁶ Vgl. dazu: *Rasch* Die Tötung des Intimpartners, 1964 (Neuauf. 1995).

²⁷ *Kargl StraFo* 2001, 365, 375; ders. *JZ* 2003, 1141 ff.

²⁸ *Kargl StraFo aaO*.

²⁹ So auch: *Weber* Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1999, S. 82 ff.; *Köhne JR* 2003, 5; ders. *ZRP* 2007, 165 ff., 167; *Baltzer StV* 1989, 42, 43.

³⁰ *OLG Karlsruhe NStZ* 1983, 74.

³¹ *OLG Düsseldorf NStZ* 1990, 509.

³² *Kargl StraFo* 2001, 375.

Urteil abzuurteilende Straftaten³³. Solche objektiven Kriterien der Tatschwere würden den Regelungsbereich berechenbar und eindeutiger, damit auch strafgerechter gestalten³⁴.

Kargl spricht sich demgegenüber für ein dreistufiges Strukturmodell aus, mit einem Grundtatbestand (§ 211), der die vorsätzliche Tötung als Mord definiert. Davon sollten die privilegierenden und die qualifizierenden „Ausstufungen“ abzweigen³⁵. Aus zwei Gründen sei davon abzusehen, den Grundtatbestand in „Totschlag“ umzutaufen: Zum einen schiebe die gesinnungsorientierte Sprache der Mordmerkmale schuld mindernde Gesichtspunkte in den Vordergrund, die sogar den Unrechtsgrundtatbestand unterschritten. Zum anderen verweise die Bezeichnung „Totschlag“ auf die altdeutsche Wurzel der „Jähheitstat“ und damit auf einen menschlich begreiflichen Konflikt, der in die Zuständigkeit der privilegierbaren Tötung falle³⁶. *Kargl* spricht sich für eine Herabsetzung der Strafdrohung aus: Wolle man der Überführung der Sanktion in Sicherungsfunktionen entgegenwirken, so sei eine formelle Aufgabe der lebenslangen Freiheitsstrafe unabweislich³⁷. Er begrenzt die von „verwerflichen“ Gesinnungsmerkmalen bereinigten Tatbestandsmerkmale auf objektive Kriterien der Tatschwere und unternimmt damit den Versuch, eindeutige, objektive und berechenbare Merkmale in den Regelungsbereich zu bringen, „der noch immer unkalkulierbar zwischen unbedingter Sanktionsdurchsetzung und selektivem Sanktionsverzicht pendelt“³⁸.

5) Alternativ-Entwurf Leben (2008)

Einen umfassenden Reformentwurf hat der AE-Arbeitskreis der Strafrechtslehrer im Jahr 2008 mit dem Alternativ-Leben Neuregelung der Tötungsdelikte vorgelegt³⁹.

a) Die Kritik, die er zu Recht an der gegenwärtigen Systematik des Abschnitts übt, kann wie folgt zusammengefasst werden: Die Sanktionskluft zwischen Mord und den übrigen Tötungsdelikten sei nicht berechtigt, da diesem Quantensprung keine hinreichend legitimierenden Unterschiede des Unrechts- und Schuldgehalts zugrunde lägen. Dies wirke sich insb.

³³ OLG Hamm NSTz 1983, 77; diff. Stree NSTz 1992, 465.

³⁴ Kargl StraFo aaO.

³⁵ JZ 2003, 1141, 1148; so wohl auch: Köhne ZRP2008, 165 ff.; ähnlich auf der Basis eines zweistufigen Modells Eser DJT-Gutachten, 1980, S. 197.

³⁶ Die von Kargl genannten Quellen (vgl. oben Fn. 4) legen nicht nahe, den Grundtatbestand als „Mord“ zu fassen, wird doch seit dem 14. Jahrhundert der Begriff verwendet, um die höchststrafwürdige Form der Tötung zu qualifizieren. Tatsächlich ist der Grundtatbestand - die „einfache“ vorsätzliche Tötung - in historischen Quellen weder mit dem einen noch dem anderen Begriff belegt, im RGStGB aber eindeutig definiert: § 212: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlages mit Zuchthaus nicht unter 5 Jahren bestraft“ (vgl. dazu Thomas aaO, S. 201 f.); v. Liszt bezeichnet das Problem als unlösbar, einen „Begriff des Mordes“ gebe es einfach nicht (v. Liszt in: Birkmeyer et al. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, V Band, 1905, 1 (68 f.); dazu Grünwald Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag - oder: Die vergessene Reform, JA 2012, 401 ff.

³⁷ Für die Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch eine zeitige ebenfalls: Köhler Strafrecht AT, 1997, 635; Laubenthal Lebenslange Freiheitsstrafe, 1987, 280; Heine GA 2000, 317, zit. nach Kargl aaO, Fn 193.

³⁸ AaO, S. 375.

³⁹ Heine et al. GA 2008, 193 ff.

wegen des gesetzlich vorgegebenen Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus zwischen Tatbestandserfüllung und absoluter Rechtsfolge aus, also wegen der zwingenden Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe, wenn auch nur ein Mordmerkmal vorliegt; zugleich durch die so genannte Sperrwirkung des Mord-Tatbestands gegenüber jeglichen spezifischen Milderungsmöglichkeiten. Diese Konstruktion kollidiere mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip, wonach Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen müssen.

Damit verbunden seien zahlreiche konzeptionelle Schwächen des § 211 StGB: Den aufgeladenen Mordmerkmalen fehle es an einem verbindenden Leitprinzip. Es werde ein generalpräventiv pauschaler, rein tatorientierter Schuldausgleich betrieben; man vernachlässige die spezialpräventive, auch die Täterpersönlichkeit berücksichtigende Einzelfallgerechtigkeit. Die spezialpräventiven Aspekte träten zurück, die Täterpersönlichkeit finde keine Berücksichtigung. Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe sei mangelhaft bestimmt, das der Heimtücke zu rigide. Sonstige besonders schwere Fälle würden nicht erfasst, es fehle die Möglichkeit, mildernde Faktoren, wie etwa die heimtückische Tötung aus Not oder Mitleid, zu berücksichtigen.

Bemängelt wird auch die konträre Ausgestaltung der beiden Varianten des § 213 StGB, der einerseits den konkreten Tatbestand der Provokationsalternative, andererseits eine konturlose Generalklausel miteinander kombiniere. Schließlich sei auch die Regelung des § 57a StGB verunglückt⁴⁰.

Diese Gesetzeslage führe zu einer weit verbreiteten Umgehungsstrategie bei den Gerichten, namentlich unter Hinzuziehung der Möglichkeiten der §§ 20, 21 StGB. Es werde nicht selten über informelle Absprachen zur Anwendung des § 21 StGB die Kooperation von Angeklagten und Verteidigung erreicht. Die Rspr. habe zwar versucht, durch permanente Nachbesserung die gesetzlichen Defizite zu bereinigen, dabei seien aber nur Symptome kuriert und viele neue Ungereimtheiten erzeugt worden. Beispielhaft sei der wechselnde Kurs des *BGH* beim Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht, der dem Prinzip des „trial and error“ verpflichtet scheine.

b) Der Reformvorschlag des AE-Leben selbst geht von einem zweistufigen System mit drei Strafraumen aus, demzufolge jede vorsätzliche Tötung als Mord im § 211 zu qualifizieren sei. Als Regelsanktion für die vorsätzliche Tötung steht ein Strafraum von 5 bis 15 Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe zur Verfügung. Auf lebenslange Freiheitsstrafe soll indes

⁴⁰ Vgl. dazu auch BVerfGE 86, 288 und das bemerkenswerte Sondervotum zur lebenslangen Freiheitsstrafe von Mahrenholz dort S. 339; vgl. auch Weber/Scheerer Leben ohne Lebenslänglich, 1988.

nur dann erkannt werden dürfen, wenn besondere Regelbeispiele erfüllt sind. Diese stehen unter dem Leitprinzip, dass über die individuelle Tötung hinaus die Lebenssicherheit der Bevölkerung bedroht sein und durch die Tat zum Ausdruck kommen müsse, dass der Rechtswert Leben als solcher infrage gestellt wird; gemeinsame Legitimationsgrundlage ist also eine „Unrechtserhöhende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“. Regelbeispiele sollen sein: Tötung oder Versuch der Tötung oder unmittelbare Gefährdung mehrerer Personen; Tötung im bandenmäßigen Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerks, deren Tätigkeit Gewalttaten zum Gegenstand hat; Tötung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung; Tötung des Opfers nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen; Tötung um des Tötens willen; Tötung zum Zweck der sexuellen Erregung; Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat; Tötung im Streben nach wirtschaftlichem Vorteil.

§ 212-AE - Totschlag - enthält Regelungen für privilegierte Fälle der Tötung bzw. des Mordes. Dabei geht es um interpersonale Affekt- und Konfliktlagen. Der Strafraum beträgt 1 bis 10 Jahre; Abs. 2 sieht eine Erhöhung des Strafraums auf 3 bis 15 Jahren vor, wenn Voraussetzungen des Abs. 1 mit denen des § 211 Abs. 2 zusammentreffen. Für die *Strafvollstreckung* (§ 57a - AE) ist die Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach 15 Jahren vorgesehen, bei besonderen Regelbeispielen des § 211 Abs. 2 nach einer Mindestverbüßungsdauer von 20 Jahren.

6) Reformvorschlag von Mitsch

Mitsch hält § 211 StGB für verfassungswidrig⁴¹: Zutreffend spreche die Literatur von „Flickschusterei“⁴², „Zick-Zack-Kurs der Rechtsprechung“⁴³ oder einer „trotzlosen Misere der Interpretation des Heimtückemerkmals durch die höchstrichterliche Rechtsprechung“⁴⁴. Die Regelung verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot. Das 6. StrRG von 1998 habe § 211 StGB unberührt gelassen, so dass man auf die dringliche Gesamtreform der Tötungsdelikte wahrscheinlich noch lange warten müsse⁴⁵. Vom *BVerfG* seien in diesem wichtigen rechtspolitischen Feld keine weiterführenden Impulse zu erwarten.⁴⁶

⁴¹ Mitsch JZ 2008, 336 ff.; ders. Anwaltkommentar StGB, 2011, § 211 Rn. 4 ff.

⁴² Heine Brauneck-Ehregabe, 1999, S. 315, 319.

⁴³ Heine GA 2000, 305 ff, 311.

⁴⁴ Otto Anm. zu BGH 1 StR 483/02, NSTZ 2004, 142, 143.

⁴⁵ Anwaltkommentar § 211 Rn. 1; Rengier NSTZ 2004, 233, 240.

⁴⁶ *Mitsch* Anwaltkommentar StGB, 2011, § 211 Rn. 8.

Mitsch selbst hält eine Rechtsfolgenlösung für vorrangig. Die Grundidee der Entscheidung des großen Strafsenats des *BGH* aus dem Jahr 1981⁴⁷ zum Merkmal der Heimtücke verdien es, ernst genommen zu werden. Es solle an § 211 StGB ein Abs. 3 für minder schwere Fälle mit einer Mindeststrafe von 5 Jahren angefügt werden. Alternativ könne in § 213 StGB das Wort „Totschläger“ durch das Wort „Täter“ ersetzt werden und der Satzteil nach dem letzten Komma wie folgt formuliert werden: „(...)“, so ist die Strafe im Fall des § 211 Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren, im Fall des § 212 Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren“⁴⁸. Der Vorschlag eröffnet damit die Möglichkeit, auch bei Erfüllung des Mordtatbestands Strafzumessungsgesichtspunkte nach § 46 StGB anzuwenden und hierdurch der starren Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe die Spitze zu nehmen.

IV. Eigener Vorschlag

1) Kriminologische Daten

Das öffentliche Interesse an Kriminalität findet seinen Höhepunkt in der Berichterstattung über Tötungsdelikte. Nur Sexualdelikte können eine ähnliche mediale Aufmerksamkeit für sich beanspruchen⁴⁹. Fast über jeden Prozess, der die vorsätzliche Tötung eines Menschen zum Gegenstand hat, wird umfangreich berichtet. Herausgehobene Fälle füllen gar die Frontseiten überregionaler Tageszeitschriften und die Titelgeschichten von großen Illustrierten über Wochen und Monate. Mit der kriminologischen Wirklichkeit scheint das schwer vereinbar: Mord und Totschlag nehmen kontinuierlich einen Anteil von weniger als 0,5 % an der Gesamtkriminalität ein⁵⁰.

Die große Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit wird von den Medien freilich nicht allein „geschürt“, sondern in hohem Maße vorgefunden und „bedient“. Sie hängt anthropologisch auch mit dem Jahrtausende herrschenden hohen Risiko zusammen, von einem anderen Menschen getötet zu werden. Hierdurch entstanden hochsensible Schutzmechanismen, die auch ein hohes Bedürfnis nach Information über Indikatoren für einen möglicherweise bevorstehenden Angriff auf das menschliche Leben zur Folge haben. Dadurch hat der Mensch ein feines Gespür dafür entwickelt, ob Konfliktsituationen zu eskalieren drohen und es für das

⁴⁷ BGHSt 30,105.

⁴⁸ Mitsch JZ 2008, 336, 340.

⁴⁹ Kröber/Dahle Editorial zum Heft „Tötungsdelikte“, FPPK 2008, 75.

⁵⁰ Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) www.bka.de/pks.

eigene oder das Leben seiner Gruppe gefährlich werden könnte⁵¹. Das könnte die „Neugier“ erklären, die auch in Zeiten eines tatsächlichen Gefahrenrückgangs fortbesteht.

Es ist aber nicht allein das objektive Tatgeschehen von hohem Interesse. Auch bezüglich der Motivation der Täter herrscht ein hohes Erklärungsbedürfnis; häufig ist dies der wichtigste Gesichtspunkt öffentlicher Erregung und Diskussion. Beachtlich ist dabei die (auch laienhafte) verbreitete Bereitschaft, pathologische Motive mit der Wirkung von Schuldminderung anzunehmen, während in der profanen Kriminalität meist pauschal Egoismus oder Habgier unterstellt werden⁵².

Dem hohen Interesse an Tötungsdelikten in der Öffentlichkeit steht seit 1996 ein erheblicher Rückgang der Tötungsdelikte in Deutschland gegenüber. Konnten nach Polizeilicher Kriminalstatistik (PSK) 1995 noch 48,4 Fälle von versuchten oder vollendeten Tötungsdelikten pro 10 Millionen Einwohnern festgestellt werden, so waren es 2006 nur noch 30⁵³; das ist derselbe Stand wie zuletzt 1968⁵⁴. Zählt man nur die vollendeten Tötungsdelikte, so waren es 2005 sogar nur 9,8⁵⁵. Das sind gut 0,01 % der Gesamtkriminalität⁵⁶. Im selben Jahr lag die Quote in den USA bei 56,1, in Frankreich bei 16,3, in England und Wales bei 15,9, in Spanien bei 13,4, in Italien bei 11,3. Ein Blick gen Osten offenbart Quoten von 111 vollendeten Tötungen pro 10 Millionen Einwohner in Litauen und 86,5 in Estland. Die niedrigsten Werte zeigen Österreich (6,7) und Luxemburg (6,6)⁵⁷. Die Aufklärungsquote⁵⁸ ist in Deutschland bei Tötungsdelikten sehr hoch, sie liegt bei ca. 95 % der als Todesfälle mit Fremdeinwirkung erkannten Taten⁵⁹. Der Rückgang der Inzidenzrate in Deutschland sollte den Diskurs um eine Reform der gesetzlichen Regelung begünstigen.

2) Gegensatzpaar: Überlegung und Affekt

Man wird das Merkmal der Überlegung mit Recht als Kriterium einer an rationalen Gesichtspunkten orientierten Abgrenzung zwischen einer „normalen“ und einer „qualifizierten“ Tötung

⁵¹ Buss, zitiert nach Kröber/Dahle FPPK 2008, 75.

⁵² Kröber/Dahle, FPPK 2008, 75.

⁵³ Laue Die Entwicklung der Tötungsdelikte in Deutschland, FPPK, 2008, 76, 80.

⁵⁴ Ders. aaO, 76, 79.

⁵⁵ Ders. aaO, 76, 82.

⁵⁶ Ders. aaO, 76.

⁵⁷ Laue FPPK 2008, 76, 82.

⁵⁸ Die freilich über die Dunkelziffer nichts aussagt. Eine hohe Dunkelziffer wird für (Mitleids-) und Lästigkeitstötungen alter Menschen vermutet. Die hohe Aufklärungsquote hängt sowohl mit dem besonderen Gewicht zusammen, das der Verfolgung und Aufklärung von Tötungsdelikten bei der Polizei zukommt (spezialisierte Abteilungen), als auch mit der Deliktsstruktur (vielfach Tötungen im sozialen Nahraum, bei denen der Täter von vornherein feststeht). Die als besonders bedrohlich empfundenen anonymen, unaufgeklärten Tötungen sind statistisch tatsächlich selten.

⁵⁹ Ders. aaO, 76, 77.

bezeichnen können⁶⁰. Eser hat es als „psychologisch“ gekennzeichnet, um es von der Verwerflichkeitskasuistik der Novelle von 1941 abzugrenzen, die sich an sozialetischen Kategorien orientiert. Aktuell unterscheiden die Rechtsordnungen Belgiens, Luxemburgs, Frankreichs, Finnlands, der Niederlande, Israels sowie der USA⁶¹ zwischen Mord und Totschlag nach dem Überlegungskriterium⁶²; auch in der Praxis der Kapitalstrafverfahren spielt das antagonistische Verhältnis von Affekt und Überlegung - etwa bei der Frage, ob die Tat im Zustand verminderter Schuldfähigkeit begangen wurde - eine oft entscheidende Rolle⁶³. Nach der höchstrichterlichen Rspr. werden an die Annahme der subjektiven Seite bei der Erfüllung jener Mordmerkmale, die die besondere Verwerflichkeit der Tat begründen sollen, besondere Anforderungen gestellt, wenn der Täter im Zustand einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung gehandelt hat⁶⁴.

Aber auch das Überlegungskriterium hat die Rspr. vor eine Vielzahl dogmatischer Fragen gestellt⁶⁵. Das Überlegungsmerkmal ist häufig nicht an objektiven Tatsachen ablesbar; ein Nachweis ist dann nur über (geständige) Erklärungen des Beschuldigten zur Sache möglich. Es darf aber behauptet werden, dass die Definitions- und Abgrenzungsprobleme bei den Merkmalen des geltenden § 211 StGB kaum geringer sind. Ein Ansatz zur Reform könnte sein, das Überlegungsmerkmal mit einem Strafraumen zu verbinden, der Spielraum für eine Gesamtbetrachtung der Fallkonstellation eröffnet⁶⁶.

Es scheint uns nicht von der Hand zu weisen, dass der Schutz des Rechtsguts Leben auch die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als einer möglichen Rechtsfolge erfordert.

⁶⁰ Sotelsek S. 14;

⁶¹ Vgl. dazu: Kremnitzer „On Premeditation“, in: Buffalo Criminal Law Review, 1985 V1 No. 2 S. 21 ff. u. Fn. 10.

⁶² Sotelsek S. 16.

⁶³ So gelten bei Beurteilung der Frage, ob ein Affekt im Sinn einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung angenommen werden kann (vgl. BGH StV 2012, 88), als Kontraindizien: Tatvorbereitung, planmäßiges Vorgehen, Fähigkeit abzuwarten, Vorsorge vor Entdeckung. Gleiches gilt für die Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit (vgl. zum Bezug auf ein Mordmerkmal Fischer § 211 Rn. 82).

⁶⁴ Vgl. zum Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke BGH StV 2012, 84 f.; NSTZ 2007, 330; 1987, 173; bei niedrigen Beweggründen BGH StV 1996, 211; 2001, 230; bei Verdeckungsabsicht BGH NJW 1999, 1039, 1041; vgl. auch BGH 3 StR 382/03; allerdings ist die Rechtsprechung uneinheitlich, ohne dass objektive Kriterien erkennbar wären, vgl. nur BGH StV 2012, 85 m. Anm. Jahn in JuS 2011, 942: „Reagiert der Täter allerdings allein auf wuterregende Vorhaltungen des Opfers, so kann es bei einer dadurch ausgelösten Tötung an der Verdeckungsabsicht fehlen (BGH 3 StR 314/81). Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann im Übrigen auch bei einem in einer unvorhergesehenen Augenblickssituation spontan gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele (BGH 1 StR 3/07 Rn 39) (Hervorh.: d. V.); BGH NSTZ - RR 2000,166; das Gleiche gilt für die Frage, ob der Täter die Niedrigkeit der Beweggründe gedanklich beherrschen und gewollt steuern konnte, vgl. zum Ganzen Fischer StGB, § 211 Rn. 80 a, 82, 83. Auch hier zeigt sich die Inkompatibilität eines an rationalen Kriterien orientierten Systems (Überlegung/Affekt) mit den Gesinnungsmerkmalen des geltenden § 211 überdeutlich. Es fehlt an bestimmten Kriterien und jeglicher Rechtssicherheit; vgl. auch zur Unrechtskontinuität zwischen Überlegung und Heimtücke: BGHSt 41, 72, 78.

⁶⁵ Vgl. dazu ausf. Thomas Geschichte des Mordparagrafen, 1985, S. 216 ff.; Sotelsek S. 18 ff. m w N; Eser Gutachten zum 53. DJT, S. 27 ff. m w N; MK-Schneider spricht von der „Erosion des Überlegungsmerkmals in der späten Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Veranlassung gegeben habe, auf dieses Merkmal zur Abgrenzung von Mord und Totschlag ganz zu verzichten“, § 211 Rn. 3.

⁶⁶ Vgl. dazu Kremnitzer On Premeditation, zur Entwicklung in der israelischen Strafrechtswissenschaft in: Buffalo Criminal Law Review 1998, S. 627 (651 ff.). Für eine genauere Typisierung der Prämeditation bereits: Hohmann/Matt JA 1989, 134, 138; Schmoller ZStW 99 (1987), 389, 422; siehe Sotelsek S. 23 Fn. 173; zu besonderen Fallkonstellationen vgl. Bernsmann Affekt und Opferverhalten, NSTZ 1989, 160 ff.

Eine Streichung dieser schwersten Sanktionsmöglichkeit würde nicht allein in der Bevölkerung keine mehrheitliche Zustimmung finden, sondern wegen ihrer herausgehobenen, symbolischen Funktion auch das (Rechts-)Sicherheitsgefühl weiter Kreise erheblich beeinträchtigen. Obwohl rationale kriminalpolitische Gründe auf empirisch gesicherter Grundlage dafür sprechen, die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion aufzugeben⁶⁷, hätte ein Vorschlag zur Abschaffung derzeit keine Chance der Realisierung.

Gerade wenn man aber diesen tiefsten Einschnitt in das Freiheitsgrundrecht eines Bürgers als *ultima ratio* beibehält, müssen die Voraussetzungen des Eingriffs umso rationaler und nachvollziehbarer ausgestaltet sein. Rechtsunsicherheit und an Emotionen appellierende gesetzliche Vorgaben sind wenig geeignet, einen intersubjektiv nachvollziehbaren Rechtsgüterschutz zu vermitteln und generalpräventiv sinnvoll zu wirken. Der demokratische Rechtsstaat muss sich gerade da, wo er in besonders herausgehobener, auch symbolischer Form das verfassungsrechtlich verankerte Rechtsstaatsprinzip verwirklicht, den Geboten der Rationalität, Klarheit, Vorhersehbarkeit und dem Schuldprinzip in herausragender Weise verpflichtet fühlen. Die im Zeitgeist des Jahres 1941 entstandenen §§ 211 ff. StGB werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Sie sind nicht die leuchtende Speerspitze, sondern eher ein halbdunkler Hinterhof des Rechtsstaats.

3) Grundsätze eines Reformvorschlags

a) Im Zentrum der Betrachtung steht das Rechtsgut Leben. Das Lebensrecht des Bürgers zu sichern, ist eine Kernaufgabe des Staates. Das Strafrecht hat die Aufgabe, dies zu ermöglichen und die Stabilisierung der archaischen Norm „Du sollst nicht töten“ zu erfüllen. Die durch eine wirkungsvolle Sanktion bewehrte Norm dient zugleich zur Restitution des Rechts bei Verstoß und präventiv zum Schutz des Bürgers vor Angriffen gegen sein Leben.

b) Die Tätertypbezeichnungen „Mörder“ (§ 211 StGB) und „Totschläger“ (§ 212) sind systemfremde Elemente im StGB. Sie müssen aus dem Gesetz entfernt werden. Das Grunddelikt ist mit dem naturalistischen, aus mittelalterlicher Zeit stammenden und auf eine Jähheitstat hindeutenden Begriff „Totschlag“ nicht sachgerecht bezeichnet, denn eine lebensvernichtende Tat kann auf vielerlei Weise erfolgen. Die Legaldefinition sollte sich demnach - wie die biblische Urformulierung - an der allgemein-abstrakten Handlungsbeschreibung des „Tötens“ orientieren. Diese Norm sollte den Grundtatbestand darstellen und damit die Priorität des

⁶⁷ Was selbstverständlich nicht bedeuten müsste, dass nicht eine tatsächlich lebenslange Absonderung und Einsperrung unter dem Gesichtspunkt der Gefahr-Bekämpfung (Maßregeln) möglich wäre.

Gesetzesauftrags markieren, das Rechtsgut Leben zu schützen. Dies entspricht im Übrigen auch dem Gesetzeswortlaut: § 212 und § 222 StGB unterscheiden sich ausschließlich durch die Anforderung an den subjektiven Tatbestand; gleichwohl heißt das Delikt des § 222 seit jeher nicht „Fahrlässiger Totschlag“. Schon die Systematik der gesetzlichen Überschriften lässt den zum Tatbestandsmerkmal aufgeblasenen Tätertyp des „Totschlägers“ daher als unpassende Reminiszenz an eine abstrus biologische Ideologie erscheinen.

c) Der sich in der Historie der verschiedenen Gesetzesfassungen über die Zeit und in zahlreichen Reformentwürfen manifestierende Streit um die Abgrenzung zwischen Mord und Tötung kann zu einer erheblichen Überbewertung einer besonderen *Modalität* der Verletzung des Rechtsguts Leben gegenüber seinem Schutz an sich führen, umgekehrt zu einer inzidenten Abwertung des Rechtsguts selbst. Es ist aber grundsätzlich jede Tötung verwerflich, jede lebensvernichtende Tat ein Drama. Der Streit darum, ob eine vorsätzliche lebensvernichtende Tat über eine begriffliche Abstraktion (Beispiel: Prämeditation), Kasuistik (Beispiel: aktuelle Fassung des § 211 StGB) oder Regelbeispielskataloge (Beispiel: AE-Leben) als herausgehoben verwerflich einzustufen sei, fokussiert den Schwurgerichtsprozess auf einen „Kriegsschauplatz“, in dem der eigentliche Zweck des Schutzes des Rechtsguts Leben in den Hintergrund zu treten droht. Von dieser Prioritätenverschiebung sind auch die kriminalpolizeilichen Ermittlungen geprägt. Sie verleitet zur Verletzung von Verfahrensgarantien (Schweigerecht, Recht auf Verteidigerkonsultation)⁶⁸.

Dass es eine „auf den Begriff“ zu bringende Abgrenzung zwischen Mord und Tötung geben kann, wurde schon früh in Frage gestellt. So formulierte etwa v. Liszt in Auseinandersetzung mit dem Entwurf von Stooss, ein kasuistisches Regelungsmodell sei „grundverkehrt“; der Versuch, die Strafe nach Art und Maß der objektiven Schwere der Tat genau anzupassen, stelle den Gesetzgeber vor Anforderungen, die zu erfüllen er nicht imstande sei: „Denn die Erscheinungen des Lebens werden immer vielgestaltiger sein als die vom Gesetzgeber aufgestellten Unterscheidungen. Und je größer die Kasuistik des Gesetzes, desto größer die Gefahr, dass dem einzelnen Fall Gewalt angetan und der eigentliche Wille des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt werde“⁶⁹. Bei der Betrachtung der Praxis der Strafverfolgung von Tötungsdelikten kommt man schwer umhin anzunehmen, dass sich diese Befürchtung häufig verwirklicht. Besondere Schwierigkeiten bei der Tatbestandsformulierung des Mordes sind immer wieder dadurch aufgetreten, dass die Formulierung des Tatbestands *von der Sankti-*

⁶⁸ Rasch/Hinz Kriminalistik 1980, 377 ff.; o. Fn. 13.

⁶⁹ Von Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl. 1919, Kap. I § 4.

on, also der Höchststrafe (Todesstrafe, lebenslange Freiheitsstrafe) aus gesehen und betrieben wurde: Man sucht nach der Definition des *höchststrafwürdigen* Delikts.

d) Bezeichnend für diese Unklarheit und Schwäche der Abgrenzung ist auch, dass besonders schwere Fälle des Totschlags (§ 212 Abs. 2 StGB) in der Rechtspraxis so gut wie nie vorkommen; Verurteilungen stellen seltene Ausnahmen dar. Dies rührt namentlich daher, dass die - anhand der Kriterien des § 46 zu entwickelnden und zu prüfenden - *Maßstäbe* der Einordnung einer Tötung als „besonders schwer“ durch das im Grundsatz uferlose Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“, das in seinen Grenzen kaum bestimmbare und vielfach schuldunspezifische Merkmal der „Heimtücke“ sowie die übrigen, kasuistisch aufgeführten Voraussetzungen des § 211 Abs. 2 vollständig aufgesogen werden: Anstatt die Umstände einer schulderhöhenden „Niedrigkeit“ des Tötungsmotivs in eine umfassende Abwägung einzustellen, wie sie § 212 Abs. 2 voraussetzt, schneidet § 211 Abs. 1 diese Abwägung von vornherein ab und gerät hierdurch in offenen Widerspruch zur Regelung des besonders schweren Falls. Der vollstreckungsrechtliche Reparaturversuch des § 57a vermag hieran nichts zu ändern.

Die Sanktionskluft zwischen § 211 StGB und § 212 Abs. 1 StGB markiert eine - am Maßstab des Rechtsgüterschutzes gemessen - ungerechtfertigte Überbewertung von Tatmodalität und Tatumständen. Die exklusiv-absolut an einen Begriff (Überlegung), Kasuistik (Gesetzesfassung von 1941) oder Regelbeispiele (Vorentwürfe zur Gesetzesfassung von 1941 in den Jahren ...) geknüpfte Höchstsanktion für die Erfüllung des Mordtatbestands (früher Todesstrafe, heute lebenslange Freiheitsstrafe) widerstreitet dem Befund, dass die Vielfalt der Erscheinungsformen lebensvernichtender Taten durch den Tatbestand in seiner jeweiligen gesetzlichen Form nicht erfasst werden konnte, was sich als überdauernde Problematik darstellt (Beispiele: altruistische Motive bei der Tötung, Mitnahmesuizid, Tötung des Haustyrannen, Tötung in Notwehr -oder notstandsähnlichen Konstellationen). Begrifflich und kriminologisch ist eine *abschließend* bestimmte Abgrenzung der Tötung vom Mord im Sinne einer Exklusivität von qualifizierenden Merkmalen in der Vergangenheit nicht gelungen und auch *nicht möglich*. Dies unvoreingenommen zur Kenntnis zu nehmen, anstatt es durch immer neue - mehr oder minder fantasievolle - fallgruppenorientierte oder kasuistische Umschreibungen einer höchststrafwürdigen Tötung zu verschleiern, ist nach unserer Ansicht die Voraussetzung einer Regelung, die dem rechtsstaatlichen Diskurs auf Dauer Raum gibt und Vertrauen entgegenbringt.

Der exklusiv-absoluten Verknüpfung zwischen der Erfüllung des Tatbestandes und der jeglicher Strafzumessungserwägung enthobenen Höchstsanktion fehlt daher die Legitimationsgrundlage. Dadurch, dass der Gesetzgeber dem Richter mit der Anordnung der absoluten

Strafandrohung bei Erfüllung des Mordtatbestandes oktroyiert, die Höchststrafe *ohne Anwendung des § 46* zu verhängen (richterrechtliche Ausnahme *contra legem*: Annahme eines „minder schweren Falls“ mit Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB bei Heimtücke⁷⁰), dessen am Schuldgrundsatz orientierte Regelung das gesamte übrige Strafrecht beherrscht, drückt sich nicht allein eine demonstrative Abkehr vom Schuldprinzip aus - indem „Schuld“ von der Überschreitung einer oft kaum erkennbaren Tatbestandsschwelle an als „unermesslich“, unquantifizierbar und qualitativer Unterscheidung nicht mehr zugänglich betrachtet wird. Die Anordnung enthält zugleich auch ein Misstrauen gegenüber dem Richter, dieser könne in der Praxis der Rechtsanwendung dem aufgezeigten Legitimationsdefizit entsprechend bei einem nach unten offenen Sanktionsrahmen im Einzelfall die Verhängung der Höchststrafe vermeiden wollen.

Die tatsächlich verbreiteten Strategien der Schwurgerichtspraxis zur Vermeidung der Verhängung der absoluten Strafe, die vor allem bei Konflikt- und/oder Affekttötungen sowie in sonstigen Fällen menschlich „verständlicher“ Tötungen bei Erfüllung eines Mordmerkmals Anwendung finden, weisen darauf hin, dass in einer Vielzahl von Fällen das Korsett der Mordmerkmale und der Höchststrafensanktion als unangemessen angesehen wird, um dem Einzelfall gerecht zu werden⁷¹. Die Methoden der Vermeidung - von der „großzügigen“, von Tatsachen kaum getragenen Annahme eingeschränkter Steuerungsfähigkeit bis hin zu rechtsstaatswidrigen informellen Deals über „Geständnisse“ unter Weglassung von Mordmerkmalen - spiegeln nichts anderes wider als das materielle Legitimationsdefizit. Das Abschneiden jeglicher Zumessungsgesichtspunkte des § 46 StGB durch eine absolute Strafandrohung entwürdigt nicht allein den Angekl., sondern entwertet auch die Geltung des Schuldprinzips gerade an der Stelle, an welcher es am deutlichsten wirken sollte, und degradiert die Richter zu „Subsumtionsautomaten“. Sie werden hierdurch in eine im Grunde unhaltbare Zwangslage zwischen Gesetzestreue und Gerechtigkeitsempfinden gebracht, die eines Rechtsstaats unwürdig ist.

⁷⁰ BGHSt 30,105 (vereinzelt geblieben).

⁷¹ Zu beachten sind in diesem Zusammenhang allerdings die in eine andere Richtung weisenden Ergebnisse kriminologischer Untersuchungen und Erhebungen von Heinz Neue Straflust - Realität oder Mythos? NK 2011, 14 ff.; und Streng Punitivität bei Justizjuristen, Ergebnisse von Befragungen und aus der Rechtspflegestatistik, zit. nach: Materialheft für den Strafverteidigertag März 2013/Freiburg, S. 93 ff., die einen allgemeinen Anstieg von Punitivität nach dem 6. StrRG nicht erkennen mit Ausnahme der Verurteilungspraxis bei Tötungsdelikten. „Es zeigt sich bei den Kapitaldelikten eine eindeutige Entwicklung hin zu höheren Strafen. Bei Totschlag hat der Anteil der Strafen von bis zu zehn Jahren und bis zu fünfzehn Jahren erheblich zugenommen“ (Streng aaO, S. 98); „Die Einzeldeliktanalyse zeigt gegenläufige Tendenzen - zunehmende Punitivität bei vorsätzlichen Tötungsdelikten und gefährlicher Körperverletzung (.), abnehmende Punitivität bei Eigentums- und Vermögensdelikten“ (Heinz aaO, S. 27).

4) Der Vorschlag:

Eckpunkte einer von uns für erforderlich gehaltenen Reform sind

- Abkehr von einer tätertypisierenden Kodifizierung;
- Abkehr von der Anknüpfung der Höchststrafe an die moralisch aufgeladenen Gesinnungsmerkmale des § 211;
- Aufgabe der absolut-exklusiven Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Vorliegen von Mord-Merkmalen; Einstellung der Zumessung der Höchststrafe in das gesetzliche Konzept der umfassenden Schuld-Abwägung.

Regelungsvorschlag⁷²:

§ 211 wird aufgehoben.⁷³

§ 212 (Tötung)

Wer einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

§ 213 (Minder schwerer Fall der Tötung)

Im minder schweren Fall der Tötung ist die Freiheitsstrafe ein bis zehn Jahre.

§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 wird aufgehoben.⁷⁴

Zur Begründung:

a) Die Streichung des § 211 StGB in der geltenden Fassung folgt aus der Erkenntnis, dass es weder über eine begriffliche Definition noch über Regelbeispiele noch über Kasuistik gelingt, bei der Vielfalt von Erscheinungsformen der Tötungsdelikte⁷⁵ - namentlich im sozialen

⁷² Unser Vorschlag zur Umsetzung der genannten Ziele beruht auf einer modifizierten Übernahme der geltenden Regelung in den §§ 75, 76 des Österreichischen Strafgesetzbuchs. Diese haben folgenden Wortlaut: § 75 ÖStGB Mord: „Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.“;

§ 76 ÖStGB Totschlag: „Wer sich in einer allgemein begreiflichen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten, ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen.“

⁷³ Damit entfällt zugleich die Grundlage für § 78 Abs. 2 StGB; die Verjährungsfrist für § 212 E richtet sich dann nach dem geltenden § 78 Abs. 3 Nr. 1 und beträgt 30 Jahre; vgl. dazu: Vormbaum Mord sollte wieder verjähren, in FS Bemmman, 1997, S. 548 ff.

⁷⁴ Vgl. Vorschlag AE-Leben, o. Fn. 10.

⁷⁵ Vgl. dazu einerseits Bernsmann Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989, 160 ff.; MK-Schneider § 211, Rn: 25 „Phänomenologie der Ausnahmefälle“ - hier beim Mordmerkmal der Heimtücke; Rasch Die Tötung des Intimpartners, Neuaufl. 1995; Spazier

Nahbereich, der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle lebensvernichtender Taten - die höchststrafwürdige Tat von anderen, weniger gravierenden trennscharf tatbestandlich zu unterscheiden. Durch den Wegfall des „Mord“-Paragraphen wird das normative Signal an die Bürger auf den Schutz des Rechtsguts Leben konzentriert.

b) Die Regelung des § 212-E öffnet einen Sanktionsrahmen und gibt für die Strafzumessung den Zugriff auf die Grundsätze der §§ 46 ff. StGB frei. Es kann den Schwurgerichten der Bundesrepublik ohne Zweifel zugetraut werden, das Schuldprinzip - wie es auch jetzt bereits auf dem Umweg über § 57a StGB geschieht - auch bei schwersten Tötungsdelikten verantwortungsvoll anzuwenden.

Nach dem Entwurf würde der weite Zumessungsrahmen, der dem Tatrichter an die Hand gegeben ist, der (höchst-)richterlichen Rechtsfortbildung überantwortet. Dies ist angemessen und gerechtfertigt. Es ist zu erwarten, dass sich in der praktischen Anwendung des § 212-E „Fallgruppen“ herausbilden würden, die sich zwar zunächst an bisherigen „Mordmerkmalen“ orientieren würden, denen jedoch die ganze Breite moderner rechtsstaatlicher Strafzumessungserwägungen zur Seite stünde. Hierdurch könnte eine deutliche Erhöhung des Legitimationsniveaus für die ausnahmsweise Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe gegenüber der bisherigen starren Anwendung des § 211 Abs. 2 mit seiner mindestens zum Teil allein vorgetäuschten Genauigkeit erreicht werden.

c) Die Regelung des § 213-E knüpft gesetzestechnisch an § 212 an und verzichtet auf die ausdrückliche Hervorhebung der bisherigen 1. Variante des minder schweren Falls (Provokation). Von den in der Lebenswirklichkeit und der gerichtlichen Praxis vorkommenden Fällen, in denen die Tötung eines anderen Menschen sich nach den Maßstäben des § 46 StGB als „minder schwer“ erweist, ist die Provokationsvariante des geltenden § 213 weder die häufigste noch besonders typisch. Sie nimmt vielmehr in ihrer auf ein vorgeblich „mannhaftes Kampfgeschehen“ verweisenden Formulierung Bezug auf Vorstellungen einer sozialpsychologisch und generalpräventiv „verständlichen“ Anwendung tödlicher Gewalt, die von der sozialen Wirklichkeit längst überholt sind. Sie privilegiert gesellschaftlich unakzeptable Selbstjustiz und verstärkt Vorstellungen namentlich „männlich“ geprägter Ehr-Verteidigung; sie benachteiligt systematisch die Gewalt sozial und körperlich unterlegener Personen⁷⁶.

d) Die Schuldschwereklausel des § 57a Abs. 1 Nr. 2 kann entfallen. Eine vorweggenommene tatrichterliche Beurteilung der für die Vollstreckung bedeutsamen Frage ist nicht erforderlich,

Der Tod des Psychiaters, Neuaufl. 1994; andererseits die bemerkenswert „böse“ Geschichte über einen Wiederholungstäter von Gebhardt/Gutmann Der Arzt, Dein Freund und Mörder, 2012.

⁷⁶ Die sich, um ihrer Existenz willen, nicht in offenem Kampf - „auf der Stelle“ - hingerissen fühlen können.

wenn die Anordnung der lebenslangen Freiheitsstrafe selbst regelmäßig auf einer Gesamt abwägung schuldrelevanter Umstände beruht. Die zu der Klausel von höchstrichterlicher Rspr. und Rechtswissenschaft entwickelten Gesichtspunkte können in die Strafzumessung einfließen⁷⁷.

Das „Ermitteln für den Tatbestand“ könnte entfallen. Es ist zu erwarten, dass die eines Rechtsstaates unwürdige Missachtung fundamentaler Rechte des Beschuldigten (Schweige recht, § 136 StPO, Anwaltskonsultationsrecht, § 137 StPO) in Ermittlungsverfahren, die ein Kapitaldelikt zum Gegenstand haben, zurückgedrängt werden könnte.

e) Um dem Präventionsgedanken Rechnung zu tragen und das Dilemma aufzulösen, dass ein die Tat bestreitender Beschuldiger - regelmäßig - gehindert ist, strafzumessungsrelevante Tatsachen vorzutragen, sollte erwogen werden, die Hauptverhandlung in Kapitalstrafverfahren in zwei Abschnitte zu teilen (formelles Schuldinterlokut)⁷⁸. Das würde bedeuten, dass die Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen (§ 243 Abs. 2 S. 2 StPO) ebenso in den zweiten Verfahrensabschnitt verlagert wird wie die Frage nach einer Aufhebung oder Verminderung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) des Angekl. zum Zeitpunkt der Tat.

Diese Verfahrensweise würde dem besonderen Stellenwert der Strafzumessung in diesen Verfahren, in denen es regelmäßig um erhebliche Strafdrohungen bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe geht, Rechnung tragen und zugleich die revisionsgerichtliche Prüfungs- und Kontrollmöglichkeit verstärken.

V. Schluss

Die Reform der Tötungsdelikte im Strafgesetzbuch ist überfällig. Die geltende Regelung erfüllt seit Langem nicht mehr die Anforderungen, die an eine rechtsstaatliche Kodifizierung zum Schutz des höchstrangigen Rechtsguts zu stellen sind. Die *Verfasser* appellieren an die rechtspolitisch Verantwortlichen, die drängenden Fragen alsbald auf die Agenda zu setzen. An die Rechtspraxis wendet sich der Appell, offenkundige Widersprüche und Mängel der geltenden Regelung nicht länger durch ausufernde, letztlich unvorhersehbare Kasuistik zu verschleiern.

⁷⁷ Vgl. dazu Kargl JZ 2003, 1141 ff.

⁷⁸ Befürwortend auch Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 44 Rn. 81 f. Vgl. schon Dahs NJW 1970, 1705; Roxin Die Reform der HV im deutschen Strafprozess, in Probleme der Strafprozessreform, 1975, 52; sowie „AE-Reform der Hauptverhandlung“, 1985.

6. Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung – NStZ 2014, 368-376 (Tonio Walter)

Zur Reform der Tötungsdelikte und gegen *Fischer et al.* in NStZ 2014, 9

I. Die ewige Reform – und ein neuer Radikalvorschlag

Die Tötungsdelikte, genauer die §§ 211 ff. StGB, werden seit rund 60 Jahren reformiert. Allerdings nur in Dissertationen und Aufsätzen und nicht im Strafgesetzbuch. Das ist zunächst zu bedauern, denn dass diese Vorschriften geändert werden müssen, steht zu Recht außer Streit. Jedoch kommt es dann noch darauf an, wie diese Änderung aussehen soll. Dazu gibt es zahlreiche Vorschläge, die ich hier nicht erneut vorstellen will.¹ Bis auf einen, den jüngsten, der stark aus der Reihe fällt und ebenso starken Widerspruch verlangt. Das ist der Vorschlag von Rüdiger *Deckers*, Thomas *Fischer*, Stefan *König* und Klaus *Bernsmann*. Ihn haben die vier in der NStZ vorgestellt und begründet mit einem Text, der – wie *Fischer* eingangs berichtet – aus seiner Feder stammt.² Besagter Vorschlag schreit nicht nur deshalb nach einer Entgegnung, weil er radikal ist, sondern auch weil seine Begründung eine Reihe von Grundfragen aufwirft. Der Vorschlag lautet:

§ 212 (Tötung)

Wer einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

§ 213 (Minder schwerer Fall der Tötung)

Im minder schweren Fall der Tötung ist die Freiheitsstrafe ein bis zehn Jahre.

Ende der Durchsage. § 211 wollen *Fischer et al.* ersatzlos streichen. Gleiches gilt für die Möglichkeit, eine lebenslange Freiheitsstrafe über 15 Jahre hinaus zu vollziehen, wenn die Schwere der Schuld dies gebietet (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 StGB). Es sollen also nicht nur die tradierten Bezeichnungen von Mord und Totschlag ersetzt werden. Sondern die vier Reformer fordern den Gesetzgeber gewissermaßen auf, den Mund zu halten. Er soll – wie es gleich zu Beginn heißt – „der Weisheit praktischer Rechtsentwicklung vertrauen“. Das verkennt, meine ich, das Verhältnis, in dem der Gesetzgeber und die Richter in einem Rechtsstaat stehen, und verstößt gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (sogleich II 1). Ferner missachten der Vorschlag und seine Begründung den Zweck, den eine Kriminalstrafe gerade bei den Tötungsdelikten hat: gerechte Vergeltung (unten II 2). Außerdem zieht die Begründung aus Missständen der Verfahrenswirklichkeit Folgerungen, die man allgemein

¹ Siehe nur *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 ff.; *Gerhold*, Die Akzessorität der Teilnahme an Mord und Totschlag, 2014, S. 60 ff.; *Steinhilber*, Mord und Lebenslang. Aktuelle Probleme und Vorschläge für die überfällig Reform, 2012, S. 257 ff.

² Wie Fn. 1 (S. 9).

nicht ziehen sollte und in unserem Fall nicht ziehen kann (II 3). Schließlich ist der Vorschlag auch sprachlich missglückt (II 4). Da sich die Rechtswissenschaft nicht darauf beschränken darf, aus dem Zuschauerraum zu kommentieren, was der Gesetzgeber und die Gerichte treiben, sondern die Pflicht hat, selbst in den Ring zu steigen, heißt Gegenvorschläge zu machen, folgt unter II 5 meine eigene Empfehlung zur Reform der §§ 211 ff. StGB.

II. Kritik

1. Der Richter und sein Gesetzgeber: vom Vorbehalt des Gesetzes

a) Der Primat des Parlaments

Im Rechtsstaat gibt es einen Vorbehalt des Gesetzes. Für das Strafrecht spricht dies Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes aus. Ihn betrachtet man als besonders strenge Fassung des Gesetzesvorbehalts.³ Es soll sichergestellt werden, „dass nur der Gesetzgeber (und nicht die vollziehende und rechtsprechende Gewalt) über die Strafbarkeit entscheidet“⁴. Allgemein gilt für den Rechtsstaat, „dass alle wesentlichen Fragen vom Parlament selbst entschieden“ werden müssen, sogenannte Wesentlichkeitstheorie.⁵ Und je schwerer die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer müssen die Vorgaben des Gesetzgebers sein.⁶ Dementsprechend muss eine Strafnorm umso genauer sein, je schwerer die angeordnete Strafe wiegt.⁷ *Für die Tötungsdelikte heißt dies, dass ihre Tatbestände diejenigen sein müssen, die der Gesetzgeber am genauesten fasst.* Denn sie drohen die schwerste Strafe an.

Nun ließe sich sagen: Kein Problem, der Vorschlag von *Fischer et al.* hat das „Töten eines Menschen“ zum Tatbestand; das ist hinreichend bestimmt, denn jedem ist klar, welche Sachverhalte diese Formulierung erfasst. Und das stimmt auch. Es übersieht nur, dass Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz noch zwei weitere Forderungen erheben: Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt eine Bestimmtheit auch der Rechtsfolgen; denn was nützt der präziseste Straftatbestand, wenn die Sanktion, die ihm folgt, nicht abzusehen ist. Daher hat das verfassungsrechtliche Schrifttum recht, wenn es etwa die Strafandrohung „jeder gesetzlich zulässigen Strafe“ für zu unbestimmt erachtet – was der Bundesgerichtshof 1959

³ Siehe nur BVerfGE 78, 374 (382); 75, 329 (341); 71, 108 (114).

⁴ *Degenhart*, in *Sachs*, 6. Auflage 2011, Art. 103 Rn. 53; *Pieroth*, in *Jarass/Pieroth*, 12. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 43 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁵ BVerfGE 98, 218 (251); 95, 267 (307); BVerwGE 109, 29 (37); *Pieroth*, in *Jarass/Pieroth*, 12. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 54; *Schulze-Fielitz*, in *Dreier*, 2. Auflage 2008, Art 103 II Rn. 28.

⁶ BVerfGE 86, 288 (311); 59, 104 (114); BVerwG NVwZ-RR 1990, 47; *Pieroth*, in *Jarass/Pieroth*, 12. Aufl. 20012, Art. 20 Rn. 54; *Schulze-Fielitz*, in *Dreier*, 2. Auflage 2008, Art 103 II Rn. 39.

⁷ BVerfGE 105, 135 (155 f.); 75, 329 (342 f.); 41, 314 (320); *Degenhart*, in *Sachs*, 6. Auflage 2011, Art. 103 Rn. 68; *Pieroth*, in *Jarass/Pieroth*, 12. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 52.

anders sah.⁸ Und für den Tatbestand verlangt der Gesetzesvorbehalt nicht bloß eine möglichst unmissverständliche Regelung (Bestimmtheitsgrundsatz), sondern auch eine hinreichend dichte; eben eine, die alle wesentlichen Unterscheidungen abbildet. Selbstverständlich lässt sich trefflich darüber streiten, welche Unterschiede zwischen einzelnen (hier) Tötungshandlungen für die Bewertung – heißt: die Strafe – wesentlich seien. Aber dieser Streit ist in Berlin auszutragen und nicht in Karlsruhe oder Leipzig.

Natürlich gibt es keine mathematische Formel, mit der sich berechnen ließe, wie viele Varianten, Wörter oder Sätze ein Tatbestand bei dieser oder jener Strafe haben müsste. Aber es muss doch wenigstens eines klar sein: Es geht nicht an, dass der Gesetzgeber *bei den schwersten Verbrechen, die unser Recht kennt*, in Sachen Regelungsdichte und Rechtsfolgenpräzision den lieben Gott einen guten Mann sein lässt. Und das in krassem Gegensatz zu seinem Regelungsfuror an anderer Stelle. Halten wir uns einmal vor Augen, was die legislative Maxime von *Fischer et al.* für den Diebstahl hieße. Es ließen sich § 242, § 243, § 244 und § 244a StGB recht handlich zusammenfassen, und zwar so:

§ 242 Diebstahl. ¹Wer einen Menschen bestiehlt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ²In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

Und den Rest überlassen wir der Weisheit praktischer Rechtsentwicklung. Auch die Körperverletzungsdelikte der §§ 223 bis 227 StGB wären deutlich zu entschlacken:

§ 223 Körperverletzung. ¹Wer einen Menschen körperlich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bestraft. ²In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

Die Höchstgrenze der Strafe folgte jeweils aus § 38 Absatz 2 StGB. §§ 224 bis 227 ständen dann für ganz neue Tatbestandsideen zur Verfügung. Wollen wir das? Ich bin zwar auch kein Freund hyperkomplexer Straftatbestände und Sanktionsdrohungen. Ferner meine ich, dass der Strafgesetzgeber in letzter Zeit eher zu viel regelt als zu wenig. Aber es ist kaum zu übersehen, dass unsere Rechtsgemeinschaft das Bedürfnis hat, bei – zum Beispiel – Diebstahl und Körperverletzung stärker zu unterscheiden als oben geschehen. Das ist auch legitim. Illegitim wäre es jedoch und verfassungswidrig, wenn sich der Gesetzgeber dann ausgerechnet bei den schwersten Straftaten mit einem Zweizeiler begnüge.

Fischer et al. gehen auch selbst davon aus, dass ein so weiter Tatbestand, wie sie ihn wollen, zu weiteren, und zwar abstrakt-generellen Unterscheidungen zwänge und dass sich daher „in der praktischen Anwendung Fallgruppen herausbilden würden“, sogar solche, die sich „zunächst an bisherigen Mordmerkmalen orientieren würden“; ihnen stände dann aber „die

⁸ Siehe BGHSt. 13, 190 (191) und *Pieroth*, in Jarass/Pieroth, 12. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 51; *Rüping*, BK Art. 103 Rn. 70; *Schulze-Fielitz*, in Dreier, 2. Auflage 2008, Art. 103 II Rn. 44.

ganze Breite moderner rechtsstaatlicher Strafzumessungserwägungen zur Seite“⁹. Darin ist ein Angriff auf die heutige Regelung enthalten, dem ich mich sofort anschließe: ein Angriff auf die absolute Strafdrohung des § 211. In der Tat muss es auch bei schwersten Verbrechen möglich sein, im Strafausspruch den Besonderheiten des Falles Rechnung zu tragen. Und richtig ist auch, dass dies vor allem für Besonderheiten aus den Kategorien gilt, die § 46 Absatz 2 StGB nennt. Das Bilden der Fallgruppen indes gehört nicht in die Hände der Richter, sondern in die des Gesetzgebers. Und das ist nirgends so wichtig wie bei den Tötungsdelikten. Dass die Rechtsprechung dann Unterfallgruppen bilden und weitere Differenzierungen einführen wird – in Ordnung. Aber der Gesetzgeber darf sich *jedenfalls bei den Tötungsdelikten* nicht von vornherein von dieser Aufgabe verabschieden.¹⁰

Es wäre übrigens auch nicht zu erhoffen, dass die Weisheit praktischer Rechtsentwicklung zu weniger komplizierten oder komplexen Ergebnissen führte als ein Handeln des Gesetzgebers. Belege dafür liefert jede Rechtsprechung, die sich auf weitgefasste Gesetze bezieht; im Strafrecht zum Beispiel die Judikatur zur sogenannten Garantenstellung im Sinne des § 13 StGB.¹¹ Das liegt nicht an mangelndem dogmatischen Talent oder mangelndem Rechtsgefühl der Richter, sondern daran, dass es nicht anders geht; egal, ob sich Ministerialbeamte an den Formulierungen versuchen, Professoren oder Richter. In der ersten Linie ist es aber nur einmal die Befugnis – und Pflicht – des Gesetzgebers.

Zugegeben: Wenn wir mit diesem Maßstab unser Strafrecht durchmustern, stoßen wir schnell auf Regelungen, die ihm nicht genügen, nämlich im Allgemeinen Teil. Ein Beispiel ist mit § 13 schon genannt. Ein anderes und noch schlimmeres ist § 15, denn weder sagt das Gesetz auch nur mit einer Silbe, was es unter Vorsatz und Fahrlässigkeit versteht, noch stuft es die Rechtsfolgen in irgendeiner Weise nach der Intensität des Vorsatzes ab oder nach dem Grad der Fahrlässigkeit. Und so sieht sich der Absichtsverbrecher dem gleichen Strafrahmen gegenüber wie ein Täter, der sich aus ganz anderen Gründen und nur unter inneren Qualen zu einem gefährlichen Verhalten entschließt. Und auf leichteste Fahrlässigkeit, ständiger Begleiter des Menschen, steht dieselbe Strafe wie auf gröbste. Das ist nicht bloß unbestimmt,¹² sondern auch ungerecht.¹³ Dagegen versucht die Rechtsprechung zu helfen. Zum Glück und mit Erfolg! Aber dies wäre zunächst einmal die Sache des Gesetzgebers. Ferner dürfen sich die Gerichte einiges dann doch nicht trauen; etwa leichteste Fahrlässigkeit straf-

⁹ Wie Fn. 1 (S. 16). Dort sind die „Fallgruppen“ und die „Mordmerkmale“ in Anführungszeichen gesetzt. Das ist für die Mordmerkmale – vor dem Hintergrund des übrigen Beitrages – zwar konsequent, aber überflüssig. Für die Fallgruppen erschließt sich mir der Sinn der Anführungszeichen indes überhaupt nicht.

¹⁰ So i. Erg. schon MK-Schneider, 2. Aufl., Vor § 211 Rn. 193 m. w. N.

¹¹ Zu ihr Fischer, StGB, 61. Aufl., § 13 Rn. 9 ff.; LK-Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn. 25 ff.

¹² Vgl. zur Fahrlässigkeit MK-Duttge, 2. Aufl., § 15 Rn. 36 f.; MK-Schmitz, 2. Aufl., § 1 Rn. 47 f.

¹³ Vgl. in meinem *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 193 ff. (zum Vorsatz) und S. 134 f. (zur Fahrlässigkeit).

frei zu stellen. Zudem sind ihre Differenzierungen zum Teil nicht zu durchschauen und daher auch nicht vorherzusehen. Besonders deutlich ist das mit Blick auf die Grenze von bedingtem Vorsatz und sogenannter bewusster Fahrlässigkeit.¹⁴ — Solche Negativbeispiele im Allgemeinen Teil sind aber nur dies: Negativbeispiele, keine Vorbilder.

b) Von der „Weisheit praktischer Rechtsentwicklung“ auf dem Gebiet der Tötungsdelikte

Dass *Fischer et al.* alles auf die Karte besagter Weisheit setzen, überrascht für das Gebiet der Tötungsdelikte besonders.¹⁵ Denn gerade dort liefert die Rechtsprechung bis auf den heutigen Tag den Nachweis, dass diese Weisheit nicht überall den Grad erreicht, den man ihr wünscht. Es reichen zwei Beispiele, um das zu verdeutlichen.

Das erste ist natürlich die zum stummen Entsetzen selbst der engsten Freunde des Bundesgerichtshofes fort und fort geschleppte Ansicht, der Mord sei ein „*Delictum sui generis*“, und seine besonderen persönlichen Merkmale unterfielen § 28 Absatz 1 StGB. Ich will hier nicht ausführen, dass die „*Delicta sui generis*“ als dogmatische Kategorie generell unbrauchbar sind und die allgemeine Verbrechenslehre unnötig belasten.¹⁶ Es genügt, an die Mängel der Rechtsprechung zu § 211 StGB zu erinnern. Sie sind allseits bekannt:¹⁷ Weist ein Teilnehmer ein inneres Mordmerkmal auf, aber der Täter nicht, kann der Teilnehmer nur nach §§ 212, 26/27 StGB bestraft werden – was ungerecht ist. Das müsste auch bei „gekreuzten Mordmerkmalen“ gelten. Tut es aber nach Ansicht des Bundesgerichtshofes dann doch nicht, sofern der Teilnehmer hinsichtlich des Mordmerkmals des Täters Vorsatz hat und die verwirklichten Merkmale „gleichartig“ sind.¹⁸ Außerdem nimmt der BGH für die versuchte Anstiftung zum Mord eine „Sperrwirkung“ der Mindeststrafe bei versuchter Anstiftung zum Totschlag an, wenn sonst auch die Milderung nach § 28 Absatz 1 StGB eingreifen müsste und dann zusammen mit der Milderung nach §§ 30, 49 Absatz 1 StGB zu einer Mindeststrafe von nur sechs Monaten führte.¹⁹ Ein plausibles Ergebnis, aber eine selbstwidersprüchliche Begründung.

Die angeführten Entscheidungen zeigen zugleich, wie auch die Rechtsprechung komplex und kompliziert werden muss, wenn sie gerecht bleiben will. Zwar handelt es sich in diesem Fall um unnötige Verrenkungen. Aber selbst bei einer zutreffenden Auffassung zum Verhältnis von § 211 und § 212 StGB wird sich zu diesen Tatbeständen immer eine verästelte

¹⁴ Näher erneut in *Der Kern des Strafrechts* (Fn 13) S. 177 ff.

¹⁵ Siehe schon *Nestler*, StV 2014, I (Editorial).

¹⁶ Näher meine Kommentierung im LK, 12. Aufl., Vor § 13 Rn. 71.

¹⁷ Siehe nur *MK-Schneider*, 2. Aufl., Vor § 211 Rn. 188 f. m. w. N.

¹⁸ Siehe nur BGH NStZ 2005, 381 (382).

¹⁹ BGH NStZ 2006, 288 Rn. 8 m. Anm. *Puppe*.

Dogmatik herausbilden – weil es nun einmal um sehr viel geht –, und fragt sich nur, wie sich der Gesetzgeber und seine Richter diese Arbeit teilen.

Vor diesem Hintergrund liefern *Fischer et al.* einen argumentativen Schildbürgerstreich, wenn sie für ihren Vorschlag (also: weg mit den gesetzlichen Fallgruppen, freie Bahn für die Praxis) anführen, das Verhältnis von § 211 und § 212 StGB sei „weiterhin ungeklärt“, die dogmatische Diskussion zur Anwendung des § 28 StGB überblicke niemand mehr und dadurch würde auch die Anwendung der §§ 211, 212 StGB „insgesamt unklar“.²⁰ Denn das Verhältnis von § 211 und § 212 StGB ist durchaus klar. Das Märchen vom „*Delictum sui generis*“ glaubt auch in Karlsruhe und Leipzig niemand mehr wirklich.²¹ Daraus folgt zwanglos, wie § 28 in Mordfällen anzuwenden ist. Unklar ist einzig, warum der Bundesgerichtshof noch immer sich und den Rest der Welt mit seiner alten Rechtsprechung quält. Ein Gesichtsverlust steht nicht zu befürchten. Längst ist der Punkt überschritten, an dem bei einem Rechtsprechungswandel noch irgendjemand im Schrifttum ein Triumphgefühl empfinden würde. Ein solcher Wandel hätte heute nur noch allseits Erleichterung zur Folge; und einen schalen Nachgeschmack angesichts der Zeit, die diese bescheidene Einsicht gebraucht haben würde, um sich durchzusetzen. Aber noch ist es ja gar nicht so weit! Und daher ist die besagte Rechtsprechung mitnichten eine Stütze für den Vorschlag von *Fischer et al.*, sondern eine Mahnung, in die Weisheit praktischer Rechtsentwicklung kein substantiell größeres Vertrauen zu setzen als in die des Gesetzgebers.

Das zweite Gegenbeispiel zur Weisheit praktischer Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Tötungsdelikte ist die Judikatur zur Heimtücke. Statt diesen Begriff, wie es gut möglich wäre, einschränkend auszulegen, beharrt der Bundesgerichtshof auf seiner überkommenen weiten Definition und zieht es vor, die ungerechten Ergebnisse, die sie erzwingt, mit einer Rechtsfolgenlösung zu mildern, die zumindest die einfachgesetzlichen Regelungen überspielt – wie *Fischer et al.* ohne weiteres zugestehen.²² Auch die Rechtsprechung zum sogenannten Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke ist instabil oder, wie *Rengier* meint, „unvorhersehbar“.²³ (Entsprechendes ist für die Entscheidungen zur Verdeckungsabsicht festzustellen.²⁴)

²⁰ Wie Fn. 1 (S. 10).

²¹ Erstmals auch offiziell ausgesprochen von BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.) (5. Senat).

²² Siehe BGHSt. (GS) 30, 105; 41, 72 (93 f.); *Fischer et al.* Fn. 1 (S. 15). Pro Rechtsfolgenlösung aber MK-*Schneider*, 2. Aufl., § 211 Rn. 43 ff.

²³ *Rengier*, Küper-FS, S. 484. Ebenso mit zahlreichen Beispielen MK-*Schneider*, 2. Aufl., § 211 Rn. 185 ff.

²⁴ Vgl. BGHSt. 27, 281 und 35, 116 sowie *Heine et al.*, Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), GA 2008, 193 (214).

c) Der Vergleich mit Österreich hinkt

Fischer et al. nehmen sich das österreichische Strafgesetzbuch zum Vorbild (§§ 75 f.).²⁵ Dort gibt es aber für die Strafzumessung in § 33 allgemeine Erschwerungsgründe, die unseren Mordmerkmalen entsprechen, etwa die grausame oder fremdenfeindliche Tat. Und Österreich leidet im europäischen Vergleich unter einer hohen Streubreite der Sanktionsprognosen für Mord und Totschlag,²⁶ das heißt unter besonderer Rechtsunsicherheit – die immer das Ergebnis ist, wenn der Gesetzgeber schweigt.

2. Vergeltung statt Prävention: vom Strafzweck der §§ 211 ff. StGB

a) Warum werden Mord und Totschlag so hart bestraft?

Der Strafzweck ist für die Tötungsdelikte von besonderer Bedeutung, weil für sie die höchsten Strafen drohen – die ob ihrer Höhe die beste Begründung brauchen. Auch *Fischer et al.* greifen mehrfach auf den Strafzweck der Tötungsdelikte zurück. Erstaunlich ist allerdings, was sie als diesen Zweck betrachten, nämlich „die Stabilisierung der archaischen Norm ‚Du sollst nicht töten‘“, ferner die „Restitution des Rechts“ sowie den „Schutz des Bürgers vor Angriffen gegen sein Leben“²⁷. Alles also, bloß nicht die Vergeltung des Unrechts oder einen gerechten Schuldausgleich. Vielleicht ist der vergeltende Schuldausgleich mit der rechtsphilosophischen Rede von einer „Restitution des Rechts“ gemeint; denn mir hat bislang noch niemand erklären können, was damit anderes bezeichnet würde als eine gerechte Vergeltung. Aber sei dem, wie es ist: Gerade an den Tötungsdelikten lässt sich zeigen, dass die Kriminalstrafe allein den Zweck hat, Unrecht zu vergelten – und dass sich dies auch in den Tatbeständen und Strafraumen zeigen muss.²⁸

Kriminalstrafe ist allerdings längst nicht alles, womit der Staat sinnvollerweise auf eine Straftat reagiert. Zum Beispiel sind die Resozialisierungsmaßnahmen im Vollzug der Freiheitsstrafe – eine Therapie, Ausbildung und so fort – keine Strafen; sondern eben Resozialisierungsmaßnahmen, die gelegentlich des Strafvollzuges angeboten werden.

Halten wir zunächst fest, was *kein* Strafzweck der §§ 211 ff. StGB ist, und zwar die Stabilisierung der archaischen Norm „Du sollst nicht töten“ sowie der Schutz des Bürgers vor Angriffen gegen sein Leben. Das Tötungsverbot ist in der Tat eine archaische Norm, und gerade deshalb bedarf dieses Verbot keiner Stabilisierung. Dass es ein schweres, unter Menschen

²⁵ Wie Fn. 1 (S. 16 in Fn. 72).

²⁶ *Heine et al.* (Fn. 24) S. 205 m. w. N.

²⁷ Wie Fn. 1 (S. 14). Der Schutz des Lebens der Bürger wird – anders als die beiden weiteren Strafzwecke – auch noch S. 15 ins Feld geführt.

²⁸ Zum Folgenden näher meine Beiträge in: Neubacher/Kubink (Hg.), *Kriminologie – Jugendkriminalrecht – Strafvollzug*. Gedächtnisschrift für Michael Walter, 2014, S. 831 ff., sowie in ZIS 2011, 636 ff.

das schwerste Verbrechen ist, einen anderen ohne besondere Rechtfertigung zu töten, gehört zu jenem Normenbestand der Menschheit, der über kulturelle Grenzen hinweg und durch die Epochen hindurch unverändert bleibt. Der Theologe Hans *Küng* hat ihn mit zahlreichen Wissenschaftlern aus aller Welt und allen Religionen über viele Jahre hinweg in seinen Arbeiten zu einem „Weltethos“ beschrieben.²⁹

Zwar kommt es immer wieder vor, dass Menschen das Tötungsverbot aus Rassen- oder Religionshass oder ähnlichen Gründen massenhaft missachten, wie es auch 1933 bis 1945 geschah. Doch der Grund ist jeweils nicht, dass dieses Verbot destabilisiert worden wäre. Sondern es werden die Opfer ideologisch aus der Gemeinschaft der Menschen verstoßen; sie sind dann – in den Augen der Täter – keine Menschen mehr im Sinne des § 212 StGB, sondern Untermenschen, Paria. Und natürlich gibt es immer wieder Täter, die wissen, dass sie Verbrechen begehen, und lediglich ihr Gewissen vorübergehend kaltstellen. Das Tötungsverbot jedoch bleibt in den Köpfen der geistig gesunden Menschen bestehen. Und in einem Staat, der dieses Verbot missachtete – oder ungestraft missachten ließe –, käme es nicht zu einer Destabilisierung der Norm, sondern zu einer Destabilisierung des Staates.

Ferner ist es nicht der Zweck der §§ 211 ff., das Leben der Bürger vor Angriffen zu schützen. Genauer gesagt: Es ist nicht ihr Zweck, jemanden durch die Strafdrohung davon abzuschrecken, andere zu töten. Dies schon deshalb nicht, weil es unmöglich wäre. Denn dazu müsste es möglich sein, dass jemand geneigt wäre, einen anderen umzubringen, und sich davon *entscheidend* durch die Erwägung abhalten ließe, diese Tat könnte ihn ins Gefängnis bringen. So mögen die Menschen denken, für die *Feuerbach* seine Straftheorie vom psychologischen Zwang erdacht hatte.³⁰ Die in der wirklichen Welt lebenden Menschen denken anders, will sagen wenig oder gar nicht, bevor sie jemanden umbringen. Oder sie haben zwar alles klar vor Augen, sind aber sicher, dass man sie nicht fassen werde. Von einer ruhigen Risikoabwägung jedoch, die *zugunsten* des Rechts ausgefallen wäre, habe ich hinsichtlich eines Tötungsdelikts noch nicht gehört. Sie gibt es beim (dann doch nicht) falschen Parken, zu schnellen Fahren und bei der (dann doch vollständigen) Steuererklärung. Aber nicht bei Mord und Totschlag. Und daher können deren Strafdrohungen nicht den Zweck haben, das Leben der Bürger zu schützen.

Allerdings gilt das wie schon gesagt nur für eine vermeintliche Abschreckungswirkung der Strafdrohung (negative Generalprävention). In *einer* Hinsicht hat die Strafdrohung bei einem

²⁹ Siehe *Küng*, *Geschichte, Sinn und Methode der Geschichte zu einem Weltethos*, in: ders. (Hg.), *Dokumentation zum Weltethos*, 2002, S. 37 (47, 61 f.). Siehe a. a. O. auch die Beiträge des *Parlaments der Weltreligionen* (S. 151, 157) und der *Vereinten Nationen* (S. 225, 227).

³⁰ Vgl. die Beiträge von *Frisch* und *Greco* in: Arnd Koch u. a. (Hg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 191 ff. und 285 ff.

Tötungsdelikt – und mehr noch die Strafvollstreckung – den Zweck, Leben zu schützen. Und zwar zugunsten derer, die zu Recht oder zu Unrecht eines Tötungsdelikts beschuldigt werden. Damit kommen wir zum tatsächlichen Strafzweck der §§ 211 ff. Er besteht in einer gerechten – maßvollen, in einem rechtsstaatlichen Verfahren geübten – Vergeltung.

Nun haben viele Strafrjuristen die Sorge, man werde sie als Aussätzige behandeln, wenn sie das Wort „Vergeltung“ ohne Abscheu aussprechen. Besonders verbreitet ist diese Sorge unter Professoren. Doch für sie und für alle anderen gilt, was in Johannes 8, 32 steht:³¹ „Die Wahrheit wird euch frei machen.“ Und die Wahrheit zum Strafzweck ist bei den Tötungsdelikten besonders deutlich zu erkennen: Der Strafzweck ist, dass jedem widerfahre, was seine Taten wert sind. Frei macht einen diese Wahrheit übrigens auch dafür einzugestehen, wie zweifelhaft und begrenzt der Nutzen von Kriminalstrafen ist; wie wenig es sich ein Staat leisten kann, auf Verbrechen allein mit solchen Strafen zu reagieren; wie wichtig andere Ziele staatlichen Handelns sind: Prävention und Resozialisierung, und dass sie mit dem Strafzweck der Vergeltung in einen Zielkonflikt geraten können, der keineswegs in jedem Fall zugunsten der Vergeltung aufzulösen wäre (anders namentlich in den Fällen, in denen es unser Recht erlaubt, eine Strafvollstreckung zur Bewährung auszusetzen). Ferner liefert der Vergeltungsgedanke – und er allein – die passende straftheoretische Grundlage zu der im Vordringen begriffenen Lehre von einer tatproportionalen Strafzumessung.³²

Dass Vergeltung in den Seelen der Menschen nichts Gutes bewirkt, dass es lebensunklug ist, Vergeltung zu wollen, und eine ideale Gesellschaft Verbrechen als Folge fundamentalen Unwissens versteht und beantwortete, heißt mit Fürsorge – ich spreche tatsächlich von Fürsorge auch für den Verbrecher –, all das steht auf einem anderen Blatt. Denn wir leben nicht in einer idealen Gesellschaft, und in der Wirklichkeit haben die Menschen und hat mit ihnen die Gesellschaft einen *Hunger nach Gerechtigkeit* in Form des Bedürfnisses nach Vergeltung – und muss dieses Bedürfnis maßvoll und geordnet befriedigen, wenn sie nicht zerbrechen will.

Vor allem bei den Tötungsdelikten wird dies immer wieder deutlich. Wenn wir auch nach fast 70 Jahren nationalsozialistische Gewaltverbrechen ahnden; wenn die NSU-Morde verhandelt werden, bei denen die Täter ihren Opfern aus neonazistischem Rassenhass ins Gesicht schossen, sie fotografierten und die Fotos nachher zur Musik von Paulchen Panther auf einer DVD zusammenstellten; wenn in England nach über 18 Jahren die Mörder des Jamaikaners Stephen Lawrence, die ihn aus Rassenhass erstochen hatten, nach einer Wiederauf-

³¹ In der Einheitsübersetzung: „Dann werdet ihr die Wahrheit erkennen, und die Wahrheit wird euch befreien“. In der hiesigen Fassung steht der Vers zum Beispiel an dem Kollegengebäude I der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau.

³² Stellvertretend Hörmle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999.

nahme des Verfahrens verurteilt werden: Geht es dann darum, den Rechtsgenossen zu verdeutlichen, dass es tatsächlich verboten ist, andere zu töten, und es sich beim Mordparagrafen nicht um eine Scherzzerklärung des Gesetzgebers handelt? Geht es darum, das Leben von wem auch immer zu schützen? Oder geht es nicht allein um das, was die *Süddeutsche Zeitung* im Fall Lawrence „späte Gerechtigkeit“ genannt hat³³ – und was von allen auch so empfunden wurde, nicht nur von den Eltern des Ermordeten, die jahrelang um eine Wiederaufnahme des Verfahrens gekämpft hatten? Natürlich geht es alleine um sie, um Gerechtigkeit, das heißt gerechte Vergeltung. Immer, wenn ein Mord begangen wurde, geht es um sie.

„Mord“ heißt hier zunächst nur, was dieses Wort in der deutschen Sprache seit jeher heißt: ein besonders abscheuliches Tötungsdelikt. Mit Recht können *Fischer et al.* einwenden, dass bei den meisten Tötungsdelikten die Fronten keineswegs so klar verlaufen wie in den eben aufgeführten Fällen. Man denke nur an die „Haustyrannen“-Tragödien oder den Fall des Sahap S. und seines Neffen, eine Tat in verständlichem Zorn, die zu der „Rechtsfolgenlösung“ in BGHSt. 30, 105 geführt hat. Aber das heißt nur, dass nicht jedes Tötungsdelikt ein Mord ist und dass der Gesetzgeber achthaben muss, mit seinem Mordtatbestand nur Fälle zu erfassen, die diese Bezeichnung verdienen. Und es unterstreicht die Regel, dass ein Richter stets die Möglichkeit haben muss, den Besonderheiten seines Falles gerecht zu werden. Dies hat er bei den Tötungsdelikten aber auch, wenn sie sich von der absoluten Strafdrohung für den Mord verabschieden. Und wenn es nicht zu einem Strafrahmensprung kommt – anders als im Vorschlag von *Fischer et al.* – von einer Freiheitsstrafe *bis zu* fünfzehn Jahren sofort zu einer solchen mit *Open end*. Wir kommen darauf zurück.

b) Warum sollte Mord nicht verjähren?

Mord verjährt nicht, § 78 Absatz 2 StGB. Das gilt sonst nur noch für die Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch, § 5 VStGB. Diese Norm ist eine Vorgabe des Rom-Statuts (Artikel 29). Der § 78 Absatz 2 StGB hingegen ist bekanntlich das Ergebnis eines jahrzehntelangen Kampfes in der Bundesrepublik dafür, die schlimmsten nationalsozialistischen Gewaltverbrechen auch noch nach 20, später 30 Jahren verfolgen zu können (nachdem die Regierung Adenauer die Totschlagstaten des Nazi-Regimes 1960 hatte verjähren lassen).³⁴

Fischer et al. weisen in einer Fußnote ihres Beitrages zutreffend darauf hin, dass ein Mord – der bei ihnen nicht mehr so heißt – ihrem Vorschlag zufolge wieder verjährt, und zwar in 30

³³ Hier zitiert nach Süddeutsche.de: <http://sz.de/1.1250227>, abgerufen am 13. April 2014.

³⁴ Näher *Reichel*, Auschwitz, in: Etienne François und Hagen Schulze (Hg.), *Deutsche Erinnerungsorte*, Bd. I, S. 600 (614 f.) m. w. N.

Jahren. Das ist vertretbar.³⁵ Vorzugswürdig ist aber die heutige Lösung. Denn es gibt Taten, die so schwer wiegen, dass die Gerechtigkeit auch nach 30 Jahren noch verlangt, den Täter zur Verantwortung zu ziehen – oder dies zumindest zu versuchen. Ein Beispiel ist der Mordfall Lolita Brieger.³⁶ In ihm hatte ein gefühlskalter Bauer und Hoferbe seine achtzehn Jahre alte Geliebte erwürgt und auf einer Müllhalde entsorgt, weil sein Vater ihm eine dauerhafte Verbindung verboten hatte. Das Mädchen – Lolita Brieger – war, das wusste er, schwanger von ihm. Bezeichnet hatte er sie kurz zuvor als „Stück Dreck“. Später sprach er von ihr stets nur als „das Fraumensch“ und „es“. Gut 29 Jahre nach der Tat gelang es einem Kripo-Beamten, ihn als Täter zu ermitteln. Verurteilt werden konnte er nicht. Denn das Gericht vermochte kein Mordmerkmal mit der nötigen Sicherheit festzustellen; und ein Totschlag war verjährt. Nach dem Modell von *Fischer et al.* wäre dies unabhängig davon geschehen, ob ein Mordmerkmal (des heutigen Gesetzes) hätte festgestellt werden können. In solchen Fällen ist die Verjährung indes ein Gerechtigkeitsausfall, den man den Angehörigen ebenso wenig vermitteln kann wie dem Rest der Bevölkerung, in den ich mich gerne einschließe. Da es heute mit DNS-Untersuchungen viel einfacher ist als früher, lange zurückliegende Taten aufzuklären, wird auch das weitere Argument pro Verjährung geschwächt: dass es nach 30 Jahren kaum noch möglich sei, den Täter zu überführen.

Der Vorschlag von *Fischer et al.*, Morde nach 30 Jahren verjähren zu lassen, deutet aber darauf hin, dass es doch möglich sein könnte – entgegen ihrer Einschätzung –, den Strafrahmen der Tötungsdelikte nach oben zu begrenzen, und zwar auf jene 30 Jahre. Denn wenn man meint, nach dieser Frist sei selbst über einen Mord „Gras gewachsen“ – so der FDP-Abgeordnete *Maihofer* in der Verjährungsdebatte des Bundestages³⁷ –, dann liegt es nahe, diese Frist auch zur Höchststrafe zu erklären. Schließlich müsste, um in dem Bild zu bleiben, das Gras doch auch wachsen, und zwar erst recht, wenn der Täter sofort inhaftiert würde und also während der gesamten Dauer dieser Frist für seine Tat büßte. Ich verkenne nicht, dass Verjährungsfristen und Freiheitsstrafen etwas Unterschiedliches sind. Aber in diesem Punkt hängen sie doch zusammen. Und für die wenigen, auch nach 30 Jahren noch gefährlichen Täter bliebe die Sicherungsverwahrung.

³⁵ Zust. *Mitsch*, StV 2014, 366 (368); früher schon *Vormbaum*, FS Bemann, S. 481 ff.

³⁶ Siehe etwa *Ahr*, Gottes Mühlen, in: ZEIT ONLINE vom 5. Juli 2012, <http://www.zeit.de/2012/27/DOS-Lolita-Mord>.

³⁷ Siehe in: Deutscher Bundestag (Hg.), Zur Verjährung nationalsozialistischer Verbrechen. Dokumentation der parlamentarischen Bewältigung des Problems 1960–1979 (1980), Bd. 2, S. 517.

c) Die strafbegrenzende Wirkung der Vergeltungsidee

Die Rechtsfolgen des § 211 StGB sind derzeit zu einem Teil ein Etikettenschwindel.³⁸ Denn § 57a StGB und die zugehörige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁹ erlauben es, dass der Verurteilte in Haft bleibt, selbst wenn die zum Schuldausgleich nötige Freiheitsstrafe verbüßt ist: Nach Ablauf der 15-Jahres-Frist des § 57a bestimmt die Strafvollstreckungskammer jenen Verbüßungsrest, den die Schuld des Täters gebietet – und selbst nachdem dieser Rest verbüßt ist, also nachdem der Täter seine Schuld voll ausgeglichen hat, kann er weiter in Haft gehalten werden, sofern die Sozialprognose ungünstig ist, heißt bei Rückfallgefahr, heißt: allein deshalb, weil er noch gefährlich erscheint. Mit anderen Worten *wird der Strafvollzug zur Sicherungsverwahrung*.⁴⁰ Das ist etwas, das es bei keiner anderen Freiheitsstrafe gibt. In allen anderen Fällen ist es umgekehrt: Der Tatrichter bestimmt über das Strafmaß den nötigen Schuldausgleich, und die Strafvollstreckungskammer hat dann über die Bewährungsregeln die Möglichkeit, *Abstriche vom Schuldausgleich* zu machen, um zu resozialisieren. Bei der lebenslangen Freiheitsstrafe hat die Strafvollstreckungskammer diese Möglichkeit nicht – das zum Schuldausgleich nötige Strafmaß ist zwingend zu verbüßen –, kann dafür aber auch noch *über den Schuldausgleich hinaus* Haft anordnen; die dann in der Sache nur noch jener Polizeigewahrsam ist, den wir Sicherungsverwahrung nennen. Das ist aber mehr als ein Etikettenschwindel; das ist eine Menschenrechtsverletzung. Denn dass jedenfalls Sicherungsverwahrte besser unterzubringen und intensiver zu betreuen sind, als man es heute mit Strafgefangenen macht, dürfte sich mittlerweile herumgesprochen haben.

Nebenbei: Selbstverständlich dürften wir auch die Strafgefangenen besser unterbringen und betreuen. Denn die Strafe lautet „Freiheitsentzug“ und nicht „miserables Wohnen und staatliches Desinteresse“. Es gibt also kein *Abstandsgebot*, sondern allenfalls eine *Abstands Erlaubnis*. Und sie auch nur auf dem Boden der Vergeltungsidee. Aber das ist ein Thema für sich.

Fischer et al. vermeiden diese Menschenrechtsverletzung, aber um den Preis eines neuen Mangels. In ihrem Modell erlaubt § 57a StGB nur noch klassische Bewährungsentscheidungen, das heißt eine Entlassung auf Bewährung, wenn die Sozialprognose günstig ist. So weit, so gut! Gekoppelt ist das aber mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe, die vom Tatrichter jetzt vollkommen ernst gemeint sein muss. Der Tatrichter darf sie nur noch verhängen, wenn

³⁸ So schon *Steinhilber* (Fn 1) S. 142.

³⁹ BVerfGE 86, 288.

⁴⁰ So schon *Pollähne*, StV 2014, 378 (ebd.) in seiner Bespr. des Buches von *Steinhilber* (Fn 1); *Steinhilber* (Fn 1) S. 142 u. ö.

er meint, dass wirklich und allein ein Freiheitsentzug *bis zum Tod* des Täters der gerechte Schuldausgleich sei.

Heute hingegen weiß der Tatrichter, dass er den Schuldausgleich nur bis zur 15-Jahres-Grenze in der Hand hat und danach die Strafvollstreckungskammer entscheidet. Ihm kann er zwar mit der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld ein Mittel in die Hand geben, um den Schuldausgleich zu verlängern. Das muss die Strafvollstreckungskammer aber nicht benutzen. Und selbst wenn sie dies tut, kommen dabei im Schnitt nur fünf Jahre heraus und *nie* mehr als zehn,⁴¹ so dass die deutschen Gerichte heute unter dem Strich nie mehr als 25 Jahre als gerechten Schuldausgleich betrachten.

Bei einem jungen Täter kann ein Strafvollzug bis zum Tod über 70 Jahre dauern. Dass diese Frist, und allgemein: dass ein Strafvollzug tatsächlich bis zum Tod ein gerechter, also auch noch verhältnismäßiger Schuldausgleich wäre, wird ein Tatrichter selten glauben. Möglich also, dass der Vorschlag von *Fischer et al.* das Strafmaß „lebenslang“ in der Praxis aussterben ließe. Möglich aber auch – und wahrscheinlicher –, dass der Etikettenschwindel weiterginge; dass die Tatrichter ihr „Lebenslang“ nämlich nicht ernst meinten, sondern hofften, die Strafvollstreckungskammern würden schon – insgesamt, irgendwie – ein gerechtes Ergebnis herbeiführen. Wobei dann *volens nolens* wieder der Fall einträte, dass Täter nach Verbüßung einer schuldangemessenen Strafe in Haft gehalten würden, wenn die Sozialprognose ungünstig wäre, vermeintlich oder real. Eine Haft also zur schuldgelösten Gefahrenabwehr, für die der Strafvollzug der falsche Ort ist.

Auf dem Boden der Vergeltungsidee kommt man zu einer anderen Regelung. Wie in dem Modell von *Fischer et al.* ist dann allein der Tatrichter dafür zuständig, das schuldangemessene Strafmaß zu bestimmen. Das kann er aber nur, wenn er – anders als in jenem Modell und im AE-Leben⁴² – auch noch jenseits der 15-Jahres-Marke nach Jahren und Monaten abstufen darf. Auch auf der Autobahn findet man eine angemessene Geschwindigkeit nicht mit einem Wagen, der bis 150 Km/h normal beschleunigt, dann aber nur noch die Wahl lässt, 300 zu fahren.

Ferner führt die Vergeltungsidee zu der Einsicht, dass in einer humanen Gesellschaft auch bei schlimmsten Verbrechen nach mehreren Jahrzehnten die Schuld abgeüßt ist. Als Höchstmaß bieten sich die 30 Jahre an, die *Fischer et al.* als Verjährungsfrist wollen, siehe oben. Der AE-Leben hält sogar schon 20 Jahre für das Maximum eines gerechten Schuldausgleichs und beruft sich auf rechtsvergleichende Beobachtungen.⁴³ Und in der Tat

⁴¹ NK-*Dünkel*, § 57a Rn. 37; *Schöch*, in: R. Egg (Hg.), Tötungsdelikte – mediale Wahrnehmung, kriminologische Erkenntnisse, juristische Aufarbeitung, 2002, S. 71 (89).

⁴² Vgl. *Heine et al.* (Fn. 24) S. 206 f. Dazu eingehend Hartmut *Schneider*, in: Jahn/Nack (Hg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, S. 44 (56 ff.).

⁴³ Vgl. *Heine et al.* (Fn. 24) S. 199. Der AE-Leben will allerdings eine höhere Strafe zur Rückfallprävention zulassen (a. a. O.). Das wäre in der Sache wieder eine Sicherungsverwahrung.

haben sich schon fünf Mitgliedstaaten der Europäischen Union von der lebenslangen Freiheitsstrafe verabschiedet (Spanien, Norwegen, Portugal, Slowenien und Zypern). Täter, die nach den 30 Jahren noch immer gefährlich sind, wechseln in die Sicherungsverwahrung. Und Täter, die vor Ablauf dieser Frist, aber nach mindestens 15 Jahren Vollzug eine günstige Sozialprognose haben, können unter Verzicht auf die weitere Vergeltung Bewährung bekommen. Verfeinern lässt sich diese praktische Konkordanz zwischen Vergeltung und Resozialisierung dadurch, dass der Tatrichter das Recht bekommt, eine Mindestverbüßungsdauer zu bestimmen, die 15 Jahre übersteigt. So kann er bei schlimmsten Taten sicherstellen, dass es tatsächlich zu dem – aus seiner Sicht – Mindestschuldausgleich kommt.

3. Der Richter und sein Polizist: vom Ermittlungsverfahren bei Tötungsdelikten

Ihre Absage an innere Mordmerkmale begründen *Fischer et al.* mit einem Missstand im Strafverfahren. Im Anschluss an *Eser* meinen sie, dass in den Ermittlungsverfahren wegen eines Tötungsdelikts die Polizei vor allem die inneren Mordmerkmale im Visier habe, dass sie dabei auf eine Aussage des Beschuldigten angewiesen sei, dass sie die, wie sie wisse, am ehesten von einem unverteidigten Beschuldigten bekomme und dass sie daher bestrebt sei, jedenfalls dessen erste Vernehmung durchzuführen, ohne von einem Verteidiger gestört zu werden – was das Recht des Beschuldigten auf diesen Verteidiger mindestens faktisch beeinträchtigt.⁴⁴

Nun trifft zu, dass materielles und prozessuales Recht zusammenhängen und dass es materielle Regelungen geben kann, die prozessual falsche Anreize setzen. Nicht zu diesen Regelungen zählen aber die inneren Tatbestandsmerkmale des Strafrechts (ungeachtet dessen, ob man sie so bezeichnet oder – schlechter – als „spezielle Schuldmerkmale“⁴⁵). Zum einen kommen wir ohne sie nicht aus. Zweitens sind sie legitim und keineswegs Zeichen eines wie auch immer zu definierenden Gesinnungsstrafrechts: Kenntnisse, Absichten und Motive sind oft entscheidend dafür, wie die Rechtsgemeinschaft ein Verhalten bewertet, und daher darf sie im Grundsatz auch auf solche inneren Umstände abstellen. Drittens ist das gemeine Vorsatzerfordernis ebenfalls ein solches inneres Merkmal, das sich – viertens – genau wie alle anderen Merkmale dieser Art keineswegs allein durch eine Aussage des Beschuldigten ermitteln ließe, sondern auch aus äußeren Umständen gefolgert werden kann, etwa aus früheren Äußerungen des Beschuldigten gegenüber Dritten oder aus den Umständen der Tatausführung.

⁴⁴ Wie Fn. 1 (S. 10 f., 17).

⁴⁵ Näher in meinem *Der Kern des Strafrechts* (Fn 13) S. 122 ff. Gegen die Zuordnung der inneren Mordmerkmale (allein) zur Schuld schon *MK-Schneider*, 2. Aufl., Vor § 211 Rn. 197 m. w. N.

Des Weiteren ist es zweifelhaft, aus einem – tatsächlichen oder vermeinten – habituellen Fehlverhalten der Polizei bei der Ermittlung bestimmter Tatumstände zu folgern, man müsse die fraglichen Tatbestandsmerkmale streichen. Immerhin denkbar wäre doch auch, auf Maßnahmen zu sinnen, um die Polizei zu disziplinieren.

Entscheidend ist aber etwas ganz anderes. Und zwar geht die empirische Beweisführung von *Fischer et al.* fehl. Als Beleg ihrer These führen sie eine Studie ins Feld, die ergeben hat, dass in den untersuchten Verfahren wegen Mordes sämtliche – insgesamt 85 – ersten Vernehmungen des Beschuldigten ohne einen Verteidiger stattgefunden hatten. Eine Stütze ihrer These wäre das aber nur, wenn sich erweisen ließe, dass ein streng objektiv gefasster Mordtatbestand zu einer anderen Vernehmungspraxis führte. Dieser Nachweis steht aus, und es erscheint ausgeschlossen, dass er zu führen wäre. Denn auch wenn § 212 so objektiv gefasst wäre, wie *Fischer et al.* vorschlagen, hätten Polizisten weiterhin die Neigung, den Beschuldigten zunächst einmal ohne Verteidiger zu vernehmen. Denn *ein* inneres Merkmal kann selbst der objektivste Tatbestand nicht erübrigen, den Vorsatz. Auch für den äußeren Tathergang ist der Beschuldigte die beste Erkenntnisquelle. Meist hat er sogar das seelische Bedürfnis auszusagen. Das klingt naiv, entspricht aber kriminalistischer Erfahrung. Schon *Feuerbach* berichtet davon in seinen „Merkwürdigen Verbrechen“.⁴⁶ Diesem Bedürfnis gibt ein Täter aber nur nach, solange er keinen Verteidiger hat. Denn dessen erster Rat ist stets der zu schweigen. Das wissen die Ermittler. Und daher werden sie bei den Tötungsdelikten immer den starken Wunsch haben, den Beschuldigten zunächst ohne Verteidiger zu vernehmen; ungeachtet dessen, wie der Straftatbestand abgefasst worden ist.

4. Technik und Stil: von der Sprache des Gesetzes

Beizupflichten ist *Fischer et al.* darin, dass sie die Begriffe des „Mörders“ und des „Totschlägers“ aus dem Gesetz streichen wollen, weil die sich der Tätertypenlehre der nationalsozialistischen Strafrechtslehre verdanken.⁴⁷ Dieses Ziel verfolgt bekanntlich bereits eine Bundesratsinitiative Schleswig-Holsteins, der sich – zumindest in der Sache – niemand entgegenstellen wird.⁴⁸ Entsprechendes gilt für alle bislang veröffentlichten Reformvorschläge. Richtig ist auch, dass *Fischer et al.* die Tathandlung als „töten“ bezeichnen, wie es allerdings auch schon das geltende Recht tut. Keine Unterstützung verdient aber der Vorschlag, als amtliche Überschrift des dann einzigen Straftatbestandes des § 212 die „Tötung“ zu wählen; mit der Begründung, auch der § 222 StGB spreche von einer fahrlässigen Tötung, nicht von einem

⁴⁶ *Feuerbach*, Johann Paul Anselm Ritter von, Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, 3. Aufl. 1849, hier zitiert nach der Ausgabe, die Hans Magnus Enzensberger 1993 herausgegeben hat, S. 199, 324 f., 370 f.

⁴⁷ Wie Fn. 1 (S. 15).

⁴⁸ BR-Drs. 54/14. Die Initiative wurde in der 920. Bundesratssitzung in die Ausschüsse überwiesen.

„fahrlässigen Totschlag“. Ergänze: und § 216 StGB heißt nicht „Totschlag auf Verlangen“, sondern Tötung auf Verlangen.

Dagegen spricht, dass „Mord und Totschlag“ im Deutschen fest und idiomatisch verwurzelte Begriffe sind, die sich aus dem Sprachgebrauch nicht wegdenken lassen. Beide stehen für die (1) verwerfliche und (2) vorsätzliche Tötung eines (3) Menschen (4) gegen seinen Willen; lediglich ist die Verwerflichkeit beim Mord noch einmal größer. In § 216 StGB heißt es schon deshalb nur noch *Tötung* auf Verlangen, weil es dort an einem entgegenstehenden Willen des Opfers fehlt; und weil dessen Verlangen der Tat zudem einen beträchtlichen Teil ihrer Verwerflichkeit nimmt. Dass aber in § 222 StGB nur die „Tötung“ zu finden ist, liegt daran, dass der Begriff des Totschlags Vorsatz einschließt – genau wie der Begriff des Betruges, so dass es sprachlich auch keinen „fahrlässigen Betrug“ gibt (obwohl natürlich fahrlässig falsche Angaben denkbar sind, aufgrund deren ein anderer irrt und schädigend verfügt).

Neutral ist der Begriff der „Tötung“ jedoch nicht nur hinsichtlich der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) und der Verwerflichkeit der Tat, sondern auch hinsichtlich ihres Opfers. „Töten“ kann man Menschen ebenso wie Tiere, Bakterien und Viren; Opfer des Totschlags ist immer ein Mensch. Eine amtliche Überschrift „Tötung“ für § 212 StGB wäre also blass bis aseptisch und so ähnlich, als würde der deutsche Regierungschef vom Bundeskanzler umgetauft in einen „Regierungsvorsitzenden“. Und wie sollte man den § 6 VStGB nennen, der derzeit noch die Überschrift „Völkermord“ trägt: „Völkertötung“? Und die Ermordung der europäischen Juden in Auschwitz: „Massentötung“? Nein, es sollte dabei bleiben: Die schlimmsten Tötungsdelikte heißen Mord und Totschlag.

5. Die Tötungsdelikte *de lege ferenda* – eigener Vorschlag

a) Wortlaut

§ 211 Totschlag. (1) Wer einen anderen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) ¹In minder schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis zu zehn Jahren zu erkennen.

²Ein minder schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn sich der Täter durch eine verständliche Gefühlsaufwallung zur Tat hat hinreißen lassen, namentlich durch Zorn nach einer schweren, unverschuldeten Provokation. ³Gleiches gilt, wenn der Täter zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, namentlich aus Mitleid, und wenn das Opfer ihn oder ihm nahestehende Menschen seit geraumer Zeit körperlich misshandelt und er keinen anderen Weg erkennt, künftige Misshandlungen zu verhindern.

§ 212 Mord. (1) ¹Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünfzehn Jahren wird bestraft, wer einen anderen qualvoll tötet, mit gemeingefährlichen Mitteln oder indem er ausnützt, dass der andere ihm besonders vertraut.

²Liegt zugleich ein Umstand vor, den § 211 Absatz 2 Sätze 2 und 3 nennen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

(2) ¹Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünfzehn Jahren wird ferner bestraft, wer einen anderen um eines geldwerten Vorteils willen tötet, um eine andere Straftat zu ermöglichen, aus Freude an der Gewalt oder dem Leid des Opfers, aus Langeweile oder um seine sexuelle Lust oder die eines Dritten zu befriedigen.

²Gleiches gilt, wenn der Täter einen anderen wegen dessen Geschlechts tötet, wegen dessen Herkunft oder Abstammung oder wegen dessen religiöser oder politischer Anschauung oder Zugehörigkeit.

§ 213 Tötung auf Verlangen. [Wie derzeit § 216; am besten mit ausdrücklichem Tatbestandsausschluss für Fälle, in denen §§ 1901a ff. BGB das Handeln erlauben.⁴⁹]

Im Allgemeinen Teil wären folgende Änderungen nötig:

§ 38 Dauer der Freiheitsstrafe. ¹Das Höchstmaß der Freiheitsstrafe ist dreißig Jahre, wenn das Gesetz eine Mindeststrafe von fünfzehn Jahren androht. ²Sonst ist ihr Höchstmaß fünfzehn Jahre, ihr Mindestmaß ein Monat.

§ 57a Aussetzung des Strafrestes bei Freiheitsstrafe von über fünfzehn Jahren. (1) ¹Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe von über fünfzehn Jahren zur Bewährung aus, wenn

1. fünfzehn Jahre der Strafe verbüßt sind,
2. das Tatgericht keine höhere Mindestverbüßungsdauer angeordnet hat und
3. [wie bisher].

[Auch im übrigen wie bisher.]

Weitere Anpassungen: § 57b StGB entfällt. Die lebenslange Freiheitsstrafe ist überall umzuwandeln in eine Freiheitsstrafe nicht unter fünfzehn Jahren; auch in § 49 Absatz 1 Nummer 1 StGB. Der Begriff „zeitige Freiheitsstrafe“ ist durchgehend durch die schlichte „Freiheitsstrafe“ zu ersetzen. Verweisungen auf §§ 211–213, 216 StGB sind zu ändern. Die (todes-)erfolgsqualifizierten Delikte sind zu überarbeiten.⁵⁰

b) Zu den Strafrahmen

Der Vorschlag sieht drei Strafrahmen vor: 2–10 Jahre bei einem minder schweren Fall des Totschlags, 5–15 Jahre bei einem sonstigen Totschlag sowie bei einem Zusammentreffen äußerer Mordmerkmale und benannter Milderungsgründe (E § 212 Absatz 1 Satz 2), schließlich 15–30 Jahre in allen anderen Fällen eines Mordes (E § 212 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2). Für den zuletzt genannten Strafrahmen kommt die Möglichkeit des Tatrichters hinzu, eine Mindestverbüßungsdauer anzuordnen (E § 57a Absatz 1 Satz 1 Nummer 2). Sie kann die Obergrenze des Strafrahmens erreichen, also 30 Jahre. Das kommt allein für Extremfälle in Frage, deren es jährlich bundesweit nur eine Handvoll gibt.

Diese Strafdrohungen verabschieden sich von einer absoluten Strafe ebenso wie von dem Strafrahmensprung von der zeitigen Freiheitsstrafe mit einer klaren Höchstgrenze von 15 Jahren zu einem „Lebenslang“ mit offenem Ende. Dass die absolute Strafdrohung abge-

⁴⁹ Vgl. meinen Beitrag in ZIS 2011, 76.

⁵⁰ Vgl. Heine et al. (Fn. 24) S. 211.

schaft gehört, brauche ich nicht erneut zu begründen. Zu dem Abschied vom Strafrahmensprung zwischen bis zu fünfzehnjähriger und lebenslanger Freiheitsstrafe ist oben 2 c das Nötige gesagt. Vor allem muss der Tatrichter die Möglichkeit haben, die Strafe tatproportional zuzumessen. Daher verlangt mein Vorschlag vom Tatrichter, in jedem Fall eine auf den Monat genau bestimmte Freiheitsstrafe auszusprechen und dafür eine Strafzumessungsentscheidung zu treffen und zu begründen. Hinzu kommt, dass er bei über fünfzehnjähriger Freiheitsstrafe eine Mindestverbüßungsdauer festlegen kann. Doch auch diese Entscheidung richtet sich nach den allgemeinen Strafzumessungserwägungen, das heißt nach § 46 StGB. Die Strafvollstreckungskammer hat nur noch klassische Bewährungsentscheidungen zu treffen und nicht mehr jene merkwürdigen Feststellungen zur „nachprozessualen Schuld“, die das Gesetz und das Bundesverfassungsgericht ihr heute noch abverlangen.

Die neue Obergrenze jedweder Freiheitsstrafe beträgt 30 Jahre. Tätern, die nach dieser Frist noch gefährlich sind, droht Sicherungsverwahrung. Das dürften jährlich nur eine Handvoll sein. Ebenso die Zahl der anderen, deren Freiheitsstrafe 30 Jahre lang vollzogen würde (und die dann freikämen): Zwischen 2002 und 2012 lag die Zahl derer, deren Freiheitsstrafe am Ende über 25 Jahre hinaus vollzogen worden war, zwischen 2 und 15.⁵¹ Für einen über 30jährigen Vollzug gibt es Zahlen bislang nur für die Jahre 2009–2012. Sie liegen zwischen 3 und 7 Häftlingen. Sollte deren Haftdauer überhaupt noch etwas mit der Tatschuld zu tun gehabt haben – und nicht nur mit ihrer realen oder vermuteten Gefährlichkeit –, so wäre dieser Gerechtigkeitspreis, meine ich, niedrig im Vergleich zu der Rechtssicherheit und Bestrafungsehrlichkeit, die man dadurch gewänne.

Für den minder schweren Fall eines Totschlags wird das Mindestmaß der Freiheitsstrafe auf zwei Jahre erhöht. Es wäre sogar an eine Erhöhung auf drei Jahre zu denken. Dass § 213 bislang einen so rasanten Absturz des Strafrahmens vorsieht, kann ich mir nur mit dem benannten Fall der Tatprovokation erklären und mit den „Vorstellungen namentlich ‚männlich‘ geprägter Ehr-Verteidigung“, die *Fischer et al.* zutreffend als historischen Hintergrund dieser Regelung ausmachen.⁵² Diese Privilegierung indes, wie *Fischer et al.* es wollen, ganz zu streichen, dürfte dem Gerechtigkeitsgefühl der meisten widersprechen. Einmal aufgrund des starken Mitverschuldens des Opfers, zum zweiten deshalb, weil die Gefühlsaufwallung die Schuld mindert (wenn auch nicht so „erheblich“, wie § 21 StGB dies verlangt). Eine Strafuntergrenze von zwei Jahren sorgt dafür, dass der Wert des menschlichen Lebens neben diesen Erwägungen nicht zu stark in den Hintergrund tritt.

⁵¹ Siehe die Daten der Kriminologischen Zentralstelle, <http://www.krimz.de/texte.html>, abgerufen am 15. April 2014.

⁵² Wie Fn. 1 (S. 16).

Dies gilt auch für die beiden anderen Regelbeispiele. Also auch, wenn ein sogenannter Haustyrann das Opfer ist. Denn bei allem Leid, das Täterinnen in einigen spektakulären Fällen dieser Art ertragen hatten: Es gibt heute in Deutschland ein Gewaltschutzgesetz, es gibt Frauenhäuser, Beratungsstellen, eine starke Polizei, die für misshandelte Frauen ein besonders offenes Ohr hat. Und es ist manchmal unheimlich, wie schnell Richter und Autoren meinen, man müsse ein Auge zudrücken und allenfalls eine symbolische Strafe vollstrecken, wenn Frauen ihre Ehe- oder Beziehungshölle mit dem Revolver beenden. Das scheint mir Ausdruck eines Vergeltungsdenkens zu sein, von dem man sich im Übrigen vehement freispricht. Allerdings eines gefährlichen Vergeltungsdenkens, weil es der Rache näher steht als der Vergeltung und weil es an die Stelle eines geordneten, schützenden Verfahrens mit maßvollem Ergebnis eine maßlose Lynchjustiz setzt. Nicht ausdrücklich, aber subkutan.

c) Zu den Tatbeständen

§ 211 formuliert den Grundtatbestand praktisch wie *Fischer et al.* und der Alternativ-Entwurf Leben (der diesen Tatbestand indes schon „Mord“ nennt). Die Regelbeispiele für minder schwere Fälle greifen Gesichtspunkte auf, die in der Reformdiskussion immer wieder genannt werden.

§ 212 Absatz 1 Satz 1 erfasst äußere (objektive) Mordmerkmale. Statt „gemeingefährlicher Mittel“ ließe sich auch sagen: „wer einen anderen qualvoll tötet *oder dabei in Kauf nimmt, dass weitere Menschen körperlich verletzt werden oder sterben*“. Mit dem qualvollen Töten ist das gemeint, was im AE-Leben in § 211 Absatz 2 Satz 2 Nummer 4 steht.⁵³ Statt der „Heimtücke“ des geltenden Rechts muss der Täter ein besonderes Vertrauen des Opfers ausnutzen, also ein solches, das ihm gilt, aber nicht jedermann. Diese Änderung entspricht zahlreichen Forderungen des Schrifttums⁵⁴ und bringt treffender zum Ausdruck, was an einer heimtückisch-verschlagenen Tat gesteigert verwerflich erscheint. Verwirklicht der Täter die genannten Merkmale mit vergleichsweise verständlichem Tötungsmotiv, fällt der Strafrahmen auf den des Totschlags zurück.

Das gilt nicht für die inneren (subjektiven) Mordmerkmale des Absatzes 2. Denn es gibt immer nur *ein* entscheidendes, „bewusstseinsdominantes“ Motiv. Es können daher die (im weiteren Sinne) privilegierenden und die qualifizierenden inneren Merkmale der E §§ 211 f. nie gleichrangig konkurrieren.

⁵³ Näher dazu *Heine et al.* (Fn. 24) S. 230 ff.

⁵⁴ Stellvertretend *S/S-Eser/Sternberg-Lieben*, 29. Aufl., § 211 Rn 26 f.; *Jakobs*, JZ 1984, 996 (997 f.) (Anm. zu BGH 3 StR 199/84); *Steinhilber* (Fn 1) S. 257. Ablehnend *MK-Schneider*, 2. Aufl., § 211 Rn 198 ff.

Absatz 2 Satz 1 enthält zunächst klassische Gesinnungsmerkmale des Mordtatbestandes, die er lediglich in passendere Worte fasst, ohne sich allzu weit von der gesprochenen Sprache zu entfernen. Die Verdeckungsabsicht fehlt, weil ich mit *Kargl* meine, dass das Motiv der Selbstbegünstigung eher für eine Milderung streitet als für eine Qualifikation.⁵⁵ Man könnte sogar meinen, Entsprechendes gälte für den Lustmord („um seine sexuelle Lust oder die eines Dritten zu befriedigen“). Denn der Einfluss eines Triebes mindert die Steuerungsfähigkeit und mit ihr die Schuld. Aber diese Überlegung dürfte kriminalpolitisch keine Chance haben. — Neu ist das Motiv „aus Freude an der Gewalt oder dem Leid des Opfers“. Es soll mit der ersten Alternative Fälle aufnehmen, die bislang mit der „Mordlust“ erfasst wurden, und solche, die der AE-Leben mit der Variante „Tötung um des Tötens willen“ ins Visier nimmt.⁵⁶ Die zweite Alternative erfasst sadistische Täter. Neu ist ferner das Motiv der Langeweile. Bei ihm geht es auch, aber nicht nur um Taten „um des Tötens willen“ – und jedenfalls um ein besonders krasses Missverhältnis zwischen Anlass und Folgen des Handelns, das heißt um eine besonders deutliche Missachtung des Höchstwertes menschlichen Lebens.

Satz 2 erfasst den Diskriminierungsmord (die sogenannten Hassdelikte). Er lehnt sich an den AE-Leben an, ist aber einerseits knapper und erfasst andererseits auch die religiöse und politische Zugehörigkeit, nicht nur die jeweilige Anschauung. Denn es kann sein, dass das Opfer die Anschauung gar nicht (mehr) teilt, aber gleichwohl umgebracht wird, weil es noch der fraglichen Konfession, Partei und so weiter angehört.

§ 213 privilegiert wie bisher die Tötung auf Verlangen. Es sollte indes klargestellt werden, dass Handlungen tatbestandslos bleiben, die nach §§ 1901a ff. BGB erlaubt sind. Das entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der lediglich – dogmatisch verunglückt – eine rechtfertigende Einwilligung annimmt.⁵⁷ Sie, also eine Einwilligung, ist dann allerdings die richtige Begründung, um §§ 211 f. aus dem Feld zu schlagen, und dies auch schon im geltenden Recht. Dass bei Tötungsdelikten keine Einwilligung möglich sei, lässt sich dagegen nicht einwenden. Denn dieses Dogma speist sich einzig und allein aus § 216 StGB und fällt daher auch in demselben Maße, wie dessen Tatbestand schrumpft.

d) Noch einmal zu den Strafrahmen

Die Vorschläge oben sind insofern ein Kompromiss, als ich die Strafrahmen nicht so weit abstufe, wie ich es eigentlich für nötig erachte.⁵⁸ Diese Abstufungsdichte ist eine Frage, die sich nicht nur für die Tötungsdelikte stellt und die ich hier auch deshalb ausklammere, weil

⁵⁵ *Kargl*, JZ 2003, 1141 (1146).

⁵⁶ *Heine et al.* (Fn. 24) S. 232 f.

⁵⁷ Hierzu noch einmal mein Beitrag in ZIS 2011, 76.

⁵⁸ Vgl. meinen Beitrag in der Gedächtnisschrift für meinen Vater (Fn. 28) S. 842.

mir die anderen Fragen nach dem Grundgerüst der Regelung und den Eckdaten der Sanktionen vordringlich erscheinen. Es wäre aber durchaus möglich, für die oben vorgeschlagenen Strafraumen weitere Stufen mit Hilfe von Regelbeispielen vorzusehen; die Technik der Regelbeispiele verbindet bei der Feinsteuerung der Sanktionenseite am besten Gerechtigkeit im Einzelfall und Rechtssicherheit.⁵⁹

III. Ausblick

Die Zeit ist reif für eine Reform der §§ 211 ff. StGB, und dem Gesetzgeber liegen längst genug Informationen und Gedanken vor, um sie in Angriff zu nehmen. Ich hoffe, dass die jüngste Initiative Schleswig-Holsteins mehr in Bewegung bringt als eine sprachliche Entnazifizierung. Die Kritik, die *Fischer et al.* am Status quo üben, ist weithin richtig. Die Empfehlung, die Ausgestaltung der Tatbestände in die Hände der Rechtsprechung zu legen, halte ich aber für falsch.

⁵⁹ So jetzt schon für die Reform der Tötungsdelikte *Nestler* (Fn 15).

IX. Rechtsprechung (Auswahl)

1. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76

Leitsatz

1. Die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord (StGB § 211 Abs. 1) ist nach Maßgabe der folgenden Leitsätze mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse kann nicht festgestellt werden, daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gem. den Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Gnadenpraxis zwangsläufig zu irreparablen Schäden psychischer oder physischer Art führt, welche die Würde des Menschen (GG Art. 1 Abs. 1) verletzen.

3. Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, daß dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.

4. Die Qualifikation der heimtückischen und der zur Verdeckung einer anderen Straftat begangenen Tötung eines Menschen als Mord gem StGB § 211 Abs. 2 verletzt bei einer an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten restriktiven Auslegung nicht das Grundgesetz.

Gründe

A.

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe für den Mörder, der die Tat heimtückisch oder um eine andere Straftat zu verdecken, begeht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

I.

1. § 211 StGB in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25. Juni 1969, neu bekanntgemacht am 2. Januar 1975 (BGBl I S 1), lautet:

§ 211 Mord

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der beanstandeten Regelung sind ferner die §§ 212 und 213 StGB von Bedeutung. Diese Vorschriften lauten in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1975 (BGBl I S 1):

§ 212 Totschlag

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

§ 213 Minder schwerer Fall des Totschlags

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

2. In der ursprünglichen Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 (RGBl S 127) lautete § 211 StGB:

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

Danach war Mord die vorsätzliche und mit Überlegung ausgeführte Tötung. Die Rechtsprechung nahm Überlegung an, wenn der Täter "in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zwecks gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt" (vgl z. B. RGSt 42, 260 (262)).

Ob die Überlegung als einziges und ausschließliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Mord und Totschlag geeignet sei, den Mord als schwersten Fall der vorsätzlichen Tötung zu charakterisieren, wurde von vornherein als problematisch angesehen. Dennoch hielten an diesem Merkmal die Strafgesetzentwürfe von 1909 (§ 212), 1913 (§ 280), 1919 (§ 283), 1927 (§ 245) und 1930 (§ 245) fest. Der Entwurf von 1911 (§ 253) ersetzte lediglich "Überlegung" durch den Begriff "Vorbedacht". Die Entwürfe von 1922 (§ 218) und 1925 (§ 221) verzichteten demgegenüber auf das Kriterium der Überlegung und erfaßten als Mord jede vorsätzliche Tötung, die nicht als Totschlag im engeren Sinne, als Tötung auf Verlangen oder als Kindes-tötung privilegiert war.

Durch § 2 des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. September 1941 (RGBl I S 549) wurde der Mordtatbestand neu geregelt. Die Neufassung des § 211 StGB beruhte auf den Entwürfen 1936 (§ 405) und 1939 (§ 411), die sich ihrerseits an frühere Entwürfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch anlehnten (vgl zur Entwicklung BGHSt 9, 385 (387f)).

§ 211 lautete nunmehr wie folgt:

§ 211

(1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

(3) Ist in Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

Nachdem Art. 102 GG die Todesstrafe abgeschafft hatte, glich Art. 1 Nr 1c des Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1953 (BGBl I S 735) die Strafdrohung in § 211 Abs. 1 StGB dem an und strich dessen Absatz 3. Gleichzeitig wurde die Bestrafung des Totschlags in § 212 StGB neu geregelt (vgl. hierzu die Begründung der Bundesregierung im Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes - Strafrechtsbereinigungsgesetz - vom 29. September 1952 (BTDrucks. I/3713, S 37ff)). Die Art. 4 und 5 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (BGBl I S 645) ersetzten "Zuchthaus" durch "Freiheitsstrafe". Die §§ 211 Abs. 1 und 212 StGB erhielten damit ihre derzeit gültige Fassung.

II.

Das Landgericht - Schwurgericht - Verden hat ein Strafverfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 211 Abs. 1 GG insoweit verfassungswidrig sei, als er bestimme, daß der Mörder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werde.

1. Anklage und Eröffnungsbeschluß des Ausgangsverfahrens legen dem angeklagten 31jährigen B.er Polizeimeister R. zur Last, er habe in der Nacht zum 13. Mai 1973 in N. den 22jährigen rauschgiftsüchtigen L. ermordet. Nach dem Ergebnis der bisherigen Hauptverhandlung hält das Schwurgericht den Angeklagten des Mordes für schuldig. Es hat im wesentlichen folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Angeklagte handelte seit längerer Zeit mit Rauschgift. Er wurde durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Verden vom 5. März 1976 wegen Rauschgifthandels in Tateinheit mit Steuerhehlerei zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 6 Monaten verurteilt.

Ende April 1973 wurde der Angeklagte durch Vermittlung eines Türken in N. mit dem drogensüchtigen L. bekannt und verkaufte ihm gegen Barzahlung Morphinbase. Da der Angeklagte seinen Rauschgifthandel nach Westdeutschland verlagern wollte, fuhr er wenige Tage später erneut nach N. und überließ L. Morphinbase in Kommission. Hierfür sollte dieser 1.000 DM an den Angeklagten abführen. Bei einer polizeilichen Durchsuchung der Wohnung L. wurde jedoch der größte Teil des Rauschgifts sichergestellt, so daß L. ohne Stoff war. Um den Angeklagten zu zwingen, ihn trotz der noch nicht bezahlten Morphinbase weiter mit Rauschgift zu beliefern, rief dieser den Angeklagten in B. an und drohte ihm mit einer Anzeige bei der Polizei, falls er nicht weiteres Rauschgift liefere. Daraufhin entschloß sich der Angeklagte, nach N. zu fahren und L. zu erschießen; auf diese Weise wollte er die drohende

Anzeige und eine fortlaufende Erpressung durch L. verhindern. Dabei wiegte er diesen in Sicherheit, indem er ihm telefonisch die Lieferung von Morphinbase versprach. Zusammen mit dem Türken fuhr der Angeklagte in der Nacht zum 13. Mai 1973 nach N. und übergab L. in dessen Wohnung die versprochene Morphinbase. L. wollte sich davon sofort "Berliner Tinke" für eine Injektion bereiten. Während der Türke mit ihm in die Küche ging, wartete der Angeklagte im Wohnzimmer. Als L. mit dem Rücken zur Tür in der Küche saß und gerade dabei war, die Spritze anzusetzen, trat der Angeklagte von hinten an den durch die Injektion abgelenkten L. heran und feuerte aus einem halben Meter Entfernung drei Schüsse auf dessen Kopf. Alle Schüsse trafen. L. war sofort tot.

Das Schwurgericht wertet diesen Vorgang als heimtückische Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat und damit als Mord gemäß § 211 StGB.

2. Nach Auffassung des Schwurgerichts ist bei Gültigkeit des § 211 Abs. 1 StGB der Angeklagte zu lebenslanger Freiheitsstrafe zu verurteilen, während bei Ungültigkeit der Norm aufgrund einer noch vorzunehmenden Strafzumessung eine zeitige Freiheitsstrafe von höchstens 15 Jahren (§ 38 Abs. 2 StGB) in Betracht komme.

3. Das Schwurgericht hält die zur Prüfung vorgelegte Norm für unvereinbar mit Art. 1, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 und ferner mit Art. 3 Abs. 1 GG. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus:

a) Wissenschaftliche Untersuchungen über Persönlichkeitswandlungen im Strafvollzug hätten die Strafvollzugserfahrung bestätigt, daß bei langjährigem Freiheitsentzug persönlichkeitschädigende Folgen aufträten. Nach einer Haftdauer von 10, 15, 20 oder jedenfalls 25 Jahren werde praktisch bei jedem Strafgefangenen ein Stadium erreicht, das durch Abflauen guter Affekte, Resignation, Stumpfheit und Gleichgültigkeit eine Persönlichkeitsänderung bewirke, die in Lebensuntauglichkeit, Unschuldssophisterei, präsenilem Begnadigungswahn und häufig in Verblödung ende. Nach ungefähr 20 Jahren Strafanstaltsaufenthalt sei der Gefangene körperlich und seelisch nichts als ein Wrack. In Übereinstimmung mit der Strafvollzugskommission habe der Gesetzgeber deswegen für die zeitige Freiheitsstrafe ein Höchstmaß von mehr als 15 Jahren abgelehnt, da eine längere Strafzeit weder zum Rechtsgüterschutz noch unter dem Aspekt der Resozialisierung vertretbar sei. Der durch die lebenslange Freiheitsstrafe bewirkte endgültige Ausschluß des Straftäters aus der Gesellschaft und seine damit verbundene psychische Vernichtung verletze die dem Gesetzgeber in Art. 1 GG auf-

gegebene Pflicht zur Achtung der Menschenwürde, die jedem menschlichen Wesen, auch dem gemeinen Verbrecher, zukomme.

b) Die lebenslange Freiheitsstrafe habe die völlige Beseitigung der Bewegungsfreiheit und damit einen Verstoß gegen die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG enthaltene Garantie der persönlichen Freiheit unter Überschreitung der Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG zur Folge.

c) Für den Straftatbestand der vorsätzlichen Tötung habe der Gesetzgeber verschiedene Rechtsfolgen vorgesehen. Der Tatbestand des Mordes (§ 211 StGB) zwingt zur Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe, der Tatbestand des Totschlags (§ 212 StGB) dagegen eröffne dem Richter die Möglichkeit, innerhalb eines Strafrahmens die Strafe nach dem Verschulden oder der Gefährlichkeit des Täters zu bemessen. Bei gleichem geschütztem Rechtsgut seien die verschiedenen Rechtsfolgen verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn die in § 211 StGB geregelte Qualifizierung zwingend eine höhere Schuld und Gefährlichkeit des Täters ergebe. Denn aus dem Rechtsstaatsprinzip folge, daß die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen müsse. Die großen Unterschiede des Schuldgehalts innerhalb der tatbestandsmäßigen Begehungsformen des § 211 StGB und in seinem Verhältnis zu § 212 StGB führten zu dogmatisch bedenklichen Umgehungsversuchen der Rechtsprechung. Außerdem sei es mit dem Gerechtigkeitsgedanken unvereinbar, nicht nur den sogenannten niedrigen Beweggründen, sondern auch den anderen Begehungsformen des § 211 StGB einen fiktiven Schuldgehalt gesetzlich beizumessen, der mit der persönlichen Schuld des Täters nicht notwendigerweise korrespondiere. Als Beispiel sei der Arzt anzuführen, der einem seiner Obhut anvertrauten todkranken Patienten Sterbehilfe leiste und damit den Tatbestand des Mordes in der Form der heimtückischen Tötung erfüllen könne. Der objektive Unrechtsgehalt des Mordes sei daher nicht notwendigerweise größer als der eines Totschlags. Dem rechtsstaatlichen Grundsatz, daß die Strafe schuldangemessen sein müsse, trage das übrige Strafrecht durch die in den einzelnen Tatbeständen enthaltenen Strafrahmen Rechnung. Nur bei Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) und Völkermord (§ 220a Abs. 1 Nr 1 StGB) gelte die absolute Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, obwohl zumindest bei § 211 StGB ein sachlicher Grund für die Differenzierung gegenüber § 212 StGB nicht erkennbar sei. Wegen des Fehlens eines Strafrahmens müsse der Richter unter Umständen eine Strafe verhängen, die über die von ihm selbst als angemessen empfundene Strafe hinausgehe. Die Strafvorschrift verstoße daher gegen Art. 3 GG.

d) Ein großer Teil der Bevölkerung und die bisherige Rechtsprechung hielten die lebenslange Freiheitsstrafe für selbstverständlich. Obwohl bereits in der Großen Strafrechtskommission und in der Wissenschaft Bedenken gegen diese Strafe erhoben worden seien, habe der Gesetzgeber bisher an ihr festgehalten. Weder die Volksmeinung noch allgemeine politische Erwägungen seien aber verfassungsrechtlich relevante Gründe zur Aufrechterhaltung einer verfassungswidrigen Regelung, die den Menschen unter Mißachtung seiner Würde auf Dauer mit persönlichkeitszerstörender Wirkung aus der sozialen Gemeinschaft ausschließe.

e) Eine Rechtfertigung der lebenslangen Freiheitsstrafe ergebe sich auch nicht aus dem Zweck staatlichen Strafens.

Das Bundesverfassungsgericht habe als Aufgabe des Strafrechts den Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens bezeichnet. Neben der Abschreckung und Besserung diene die Strafe nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch der Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht.

Aus dem staatlichen Strafsystem ergebe sich indessen deutlich, daß nicht um der Gerechtigkeit willen gestraft werde (z. B. Straflosigkeit des Versuchs bei bestimmten Tatbeständen, Strafbarkeit der Fahrlässigkeit nur bei bestimmten Tatbeständen ua). Der Gedanke der Hegelschen Rechtsphilosophie, "den Verbrecher durch die Strafe als ein Vernünftiges (zu) ehren", könne zwar ein Sinnaspekt der Strafe, keinesfalls aber Grundlage und verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Strafe sein, die den Menschen seiner Würde beraube und auf Lebenszeit aus der Gemeinschaft ausschließe. In einer säkularisierten und freiheitlichen Gesellschaft könne es nicht Aufgabe des Strafrechts sein, Schuldausgleich und Gerechtigkeit um ihrer selbst willen zu üben. Dies würde weder dem heutigen Strafrechtsverständnis noch einer sittlich anzuerkennenden Gerechtigkeitsforderung entsprechen. Vergeltung und Sühne könnten daher die lebenslange Freiheitsstrafe nicht rechtfertigen.

§ 211 Abs. 1 StGB könne auch nicht mit der Abschreckungswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe begründet werden; denn diese Wirkung sei empirisch nicht beweisbar.

Hauptziel des Strafvollzugs sei gemäß § 2 des Strafvollzugsgesetzes die Resozialisierung. Auch das Bundesverfassungsgericht habe in mehreren Entscheidungen betont, daß die Resozialisierung aus verfassungsrechtlichen Gründen das herausragende Ziel des Vollzugs von Freiheitsstrafen sein müsse. Damit widersprächen sich aber der Strafausspruch gemäß § 211 Abs. 1 StGB und das verfassungsrechtlich begründete Vollzugsziel. Die Gnadenpraxis

sei kein hinreichender Ausgleich. Selbst wenn die lebenslange Strafe in aller Regel nicht voll verbüßt werde, weil ein großer Teil der Verurteilten aufgrund der - allerdings sehr unterschiedlich geübten - Gnadenpraxis vorzeitig entlassen werde, könne dies nicht eine nach Inhalt und Zielsetzung verfassungswidrige Vorschrift rechtfertigen. Gnadenerweise und die Ablehnung von Gnadenerweisen unterlägen nicht der gerichtlichen Überprüfung. Die Inhaber des Gnadenrechts trafen ihre Entscheidungen nach freiem Ermessen. Eine derartige Gnadenregelung könne mangels hinreichender Berechenbarkeit und Bestimmbarkeit sowie mangels genügenden Rechtsschutzes in einer rechtsstaatlichen Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als obersten Zweck anerkenne, nicht eine Strafvorschrift rechtfertigen, die diese Grundwerte generell ausschließe.

Die lebenslange Freiheitsstrafe werde häufig mit der Gefährlichkeit der Täter begründet. Der Sicherungszweck sei die einzige rationale und verfassungsrechtlich relevante Rechtfertigung für den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Sie sei aber nur dann als notwendig gerechtfertigt, wenn sie die Würde des Betroffenen lediglich in dem zum Sozialschutz unerlässlichen Maße antaste. Die lebenslange Strafe setze daher die Feststellung der Unverbesserlichkeit des Täters voraus. Es könne dahinstehen, ob in einem konkreten Fall eine Rückfallgefahr bis ans Lebensende überhaupt festgestellt werden könne. Jedenfalls sei bei einem großen Teil der Mörder die Rückfallwahrscheinlichkeit gering. Das im Einzelfall anzuerkennende Sicherungsbedürfnis rechtfertige daher nicht die lebenslange Strafe für alle Mörder. Für den Angeklagten R. sehe sich das Gericht außerstande festzustellen, daß er auch nach langjährigem Strafvollzug noch derart gefährlich sei, daß die Allgemeinheit auf Dauer vor ihm gesichert werden müsse. Das Schwurgericht würde auch dann, wenn § 211 Abs. 1 StGB einen Strafrahmen enthielte, der in lebenslanger Freiheitsstrafe gipfelte, keine lebenslange Strafe gegen den Angeklagten verhängen.

III.

Von den Verfassungsorganen des Bundes und der Länder, denen gemäß §§ 82 Abs. 1, 77 BVerfGG Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist, haben die Bundesregierung durch den Bundesminister der Justiz, die Bayerische Staatsregierung durch den Bayerischen Ministerpräsidenten und der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg durch den Senator für Justiz Stellung genommen.

1. Die Bundesregierung hält die Auffassung des vorlegenden Gerichts für unbegründet.

§ 211 StGB sei jedenfalls insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar, als er für die heimtückische Tötung die lebenslange Freiheitsstrafe androhe. Das gelte bei restriktiver Interpretation auch für das Tatbestandsmerkmal "Verdeckung einer Straftat". Die übrigen Begehungsformen des § 211 Abs. 2 StGB könnten außer Betracht bleiben, da sie für das Ausgangsverfahren unerheblich seien.

Der Gesetzgeber halte sich an das verfassungsrechtliche Gebot des sinnvollen und maßvollen Strafens, wenn er die Tötung eines anderen Menschen aus besonders verwerflichen Beweggründen für so schwerwiegend erachte, daß allein und ohne Milderungsmöglichkeit die lebenslange Freiheitsstrafe als eine angemessene Sanktion angesehen werde. In diesen Fällen sei die lebenslange Freiheitsstrafe eine jedenfalls nicht unverhältnismäßige staatliche Reaktion auf die in der Tat sich manifestierende Schuld. Wenn der Gesetzgeber den Gesichtspunkt der Resozialisierung in diesem Zusammenhang weniger in den Vordergrund stelle als bei der Verhängung zeitiger Freiheitsstrafen, so sei dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Begriff der heimtückischen Tötung werde von der Rechtsprechung eingeeengt. Dieses Tatbestandsmerkmal erfasse nur Begehungsformen, die nicht nur nach den äußeren Tatumständen, sondern auch nach der Schuld des Täters ein Maß an verwerflicher Gesinnung und vorwerfbarem Verhalten offenbarten, das es rechtfertige, für diese Tat die höchstmögliche Strafe anzudrohen. Auch soweit es sich dabei um eine absolute Strafe handele, habe der Gesetzgeber den ihm zustehenden Gestaltungsraum nicht überschritten. Somit entfalle ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Bei der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat seien zwar an sich Fälle denkbar, bei denen die Tat in einer Konfliktsituation als Selbstbegünstigung und Fremdbegünstigung verwirklicht werde und somit eine mildere Beurteilung verdiene. Gleichwohl könne durch eine einengende Interpretation, die sich am Kriterium sinnvollen und maßvollen Strafens orientiere, das Merkmal auf Fälle beschränkt werden, die nach Tatumständen, Schuld und Gefährlichkeit des Täters die Verhängung der Höchststrafe rechtfertigten. Das dürfte beim Angeklagten des Ausgangsverfahrens der Fall sein.

Da die Strafdrohung des § 211 StGB mit dem Verfassungsgebot sinnvollen und maßvollen Strafens vereinbar sei, werde das Grundrecht der Freiheit der Person in seinem Wesensgehalt jedenfalls insoweit nicht angetastet, als es um die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Bestandteil der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG gehe. Im Übrigen sei im Parlamentarischen Rat bei der Beratung des Art. 102 GG zu keiner Zeit die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe in Erwägung gezogen worden.

Das neue Strafvollzugsgesetz orientiere sich an der zentralen Bedeutung des Persönlichkeitsrechts und sehe als eine der Hauptaufgaben des Vollzugs von Freiheitsstrafen die Wiedereingliederung des Straftäters an. Schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs sei entgegenzuwirken. Das Gesetz beziehe dabei den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe mit ein. Auch hier sei der am Gedanken der Resozialisierung ausgerichtete Vollzug geeignet, die Voraussetzungen für eine Begnadigung zu schaffen und dem Begnadigten die Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu erleichtern. Im Rahmen eines derart an der Menschenwürde ausgerichteten Strafvollzugs werde der Gefangene nicht zum Objekt degradiert.

Soweit der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gleichwohl zu unververtretbaren Härten und Unbilligkeiten führe, biete die Begnadigung eine Möglichkeit zur Abhilfe. In den letzten Jahren seien nahezu alle Bundesländer dazu übergegangen, nach einer gewissen Haftzeit die Gnadenfrage von Amts wegen zu prüfen. In der Praxis führe dies dazu, daß mit wenigen Ausnahmen, in denen die Prognose ungünstig und das Sicherheitsrisiko nicht zu verantworten seien, jeder zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte vorzeitig entlassen werde.

Das Bundesministerium der Justiz prüfe bereits seit einiger Zeit die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Aussetzung der weiteren Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht werden sollte. Es könne damit gerechnet werden, daß in der Achten Legislaturperiode ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben weiter verfolgt werde.

2. Auch der Bayerische Ministerpräsident hält § 211 Abs. 1 StGB für verfassungsmäßig.

a) Ein Verstoß gegen die Würde des Menschen liege nicht vor.

Neuere Feststellungen in den Justizvollzugsanstalten S. und A. hätten nicht ergeben, daß die lebenslange Freiheitsstrafe notwendig die psychische Vernichtung der Gefangenen zur Folge habe.

Die Justizvollzugsanstalt S. habe mitgeteilt, man könne insbesondere aufgrund der neueren Entwicklung im Strafvollzug nicht davon ausgehen, daß die lebenslange Freiheitsstrafe zu einer Persönlichkeitszerstörung oder "psychischen Vernichtung" führe. Der moderne Strafvollzug biete eine Reihe von kompensatorischen Möglichkeiten, die zwar die schädlichen Gegebenheiten nicht beseitigen könnten, aber doch in vielen Fällen den Gefangenen erstmals Gelegenheit zur Einübung sozialen Verhaltens böten. Dabei könne insbesondere der langjährig Inhaftierte durch gute Kontakte zum Vollzugspersonal Vertrauensstellungen im Anstaltsbereich erlangen, die ihm Anerkennung und Selbstachtung brächten. Diese Entwicklung habe bei der überwiegenden Anzahl der Lebenslänglichen, die nach etwa 20 Jahren Freiheitsentzug entlassen worden seien, dazu geführt, daß sie, oft nach einigen Umstellungsschwierigkeiten, in der Freiheit zurecht gekommen seien. Nur in einer ganz geringen Anzahl von Fällen seien negative Erfahrungen gemacht worden.

Aus der Justizvollzugsanstalt A., die in Bayern für den Vollzug lebenslanger Freiheitsstrafe an Frauen zuständig sei, habe die Anstaltspsychologin aufgrund ihrer 20jährigen Erfahrung im Strafvollzug über 33 Frauen berichtet, die sich zwischen 12 und 23 Jahren in der Anstalt befunden hätten. Sie habe betont, daß die Frauen auch nach der Verurteilung noch nach einer Möglichkeit zur Selbstverwirklichung suchten. Allerdings sei das Verhalten im Vollzug nicht gleichbleibend. Verstimmungen und depressive Zustände könnten aber in der Regel durch gezielte Maßnahmen aufgefangen werden. Trotz aller Schwierigkeiten erschöpfe sich die lange Haft auch nicht in einem ohnmächtigen Kampf gegen die Institutionen, sondern ermögliche gerade in der späteren Haftperiode eine neue Phase der Schuldverarbeitung.

Nach der Begnadigung hätten sich die Gefangenen aufgrund sorgfältiger und umfassender Vorbereitungen ausnahmslos als eingliederungsfähig erwiesen und sogar außerordentliche berufliche und menschliche Leistungsfähigkeit gezeigt. Sie hätten zwar alle mit erheblichen Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt, doch hätten sie diese überwinden können. Zum Teil nähmen sie inzwischen angesehene Stellungen ein.

Das schwere Schicksal der zu lebenslanger Strafe Verurteilten dürfe zwar nicht bagatellisiert werden. Doch entspreche eine verallgemeinernde und resignative Betrachtung weder den Realitäten im Vollzug noch der Leistung der mit diesem Schicksal konfrontierten Menschen. Die Erfahrungen in A. hätten gezeigt, daß die Probleme im Durchstehen der lebenslangen Strafe nicht nur haftbedingt seien, sondern in der Regel durch bereits vorher bestehende Lebensführungsschwierigkeiten der Gefangenen bedingt seien. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit, für Langzeitinhaftierte besondere Maßnahmen zu treffen.

b) Die lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord verletze weder Art. 19 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG noch den Gleichheitssatz.

Da sich vorsätzliche Tötungen im Unwertgehalt erheblich unterscheiden könnten, sei es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, die besonders schweren Fälle in § 211 StGB tatbestandlich zu erfassen und eine erhöhte Strafe anzudrohen.

Es treffe nicht zu, daß der Richter bei Mord infolge der absoluten Strafdrohung eine höhere als die schuldangemessene Strafe verhängen müsse. Unvermeidbare Härten des Einzelfalls könnten durch eine flexible Gnadenpraxis ausgeglichen werden.

3. Der Senator für Justiz der Freien und Hansestadt Hamburg hat im wesentlichen auf einen Schriftsatz Bezug genommen, mit dem er einen Fragenkatalog des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe beantwortet hatte. In diesem Schriftsatz werden gegen die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsrechtliche Bedenken erhoben; allerdings wird betont, daß eine gesicherte Meinungsbildung mangels hinreichenden Erkenntnismaterials noch nicht möglich sei. Im Übrigen habe er seinerzeit den Referentenentwurf über die Einbeziehung der lebenslangen Freiheitsstrafe in die Regelungen über die bedingte Entlassung begrüßt, aber auch darauf aufmerksam gemacht, daß man darüber hinaus fragen müsse, ob bei der gegenwärtigen Formulierung des § 211 StGB an der absoluten Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe festgehalten werden könne (vgl. ferner A VI 3).

IV.

Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat gemäß § 82 Abs. 4 BVerfGG Stellungnahmen der fünf Strafsenate mitgeteilt. Im Ergebnis sind alle Senate übereinstimmend der Ansicht, daß keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die lebenslange Freiheitsstrafe bestehen.

1. Der 1. Strafsenat weist darauf hin, der Verfassungsgeber habe mit der Abschaffung der Todesstrafe in Art. 102 GG unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß er die nunmehr verbleibende zwingende Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe in § 211 StGB billige. Im Übrigen werde die lebenslange Freiheitsstrafe in allen europäischen Staaten, mit Ausnahme von Portugal, insbesondere für qualifizierte vorsätzliche Tötungen angedroht, zum Teil, ebenso wie in der Bundesrepublik, als einzige Rechtsfolge. Die allgemeine Menschen-

rechtserklärung der Vereinten Nationen und die Europäische Menschenrechtskonvention stünden nicht einmal der Todesstrafe entgegen.

Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag führten nicht zur Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB. Gerade der im Ausgangsverfahren zu entscheidende Fall zeige im Übrigen keine derartigen Schwierigkeiten.

2. Der 2. Strafsenat meint, die vom Landgericht vertretene Auffassung führe zu einer Verschiebung der gesetzlichen Strafrahmen, so daß das Strafniveau allgemein herabgesetzt werden müßte.

Die lebenslange Freiheitsstrafe verstoße nicht gegen die Menschenwürde. Der Mörder habe ein Menschenleben auf eine Weise vernichtet, die den Vorwurf schwerster Schuld begründe. Sollten tatsächlich die im Vorlagebeschluß beschriebenen persönlichkeitszerstörenden Wirkungen drohen, könne ihnen durch einen menschenwürdigen Strafvollzug vorgebeugt werden.

Die lebenslange Freiheitsstrafe durchbreche auch nicht die Wesensgehaltsperrre des Art. 19 Abs. 2 GG.

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz sei ebenfalls nicht erkennbar. Bei der notwendigen und zulässigen Unrechtstypisierung habe der Gesetzgeber die in § 211 Abs. 2 StGB bezeichneten Tötungshandlungen zutreffend bewertet. Das im Vorlagebeschluß zitierte Beispiel der Sterbehilfe durch einen Arzt werde vom Mordtatbestand nicht erfaßt.

3. Der 3., 4. und 5. Strafsenat sind der Auffassung, Art. 102 GG sei auch in dem Sinne eindeutig, daß der Grundgesetzgeber die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord als zulässig erachtet habe. Es liege daher beim einfachen Gesetzgeber, ob er die lebenslange Freiheitsstrafe weiterhin androhen oder abschaffen wolle.

Die tatbestandsmäßige Abgrenzung von Mord und Totschlag führe zwar gelegentlich zu unbefriedigenden Ergebnissen. Das sei jedoch kein verfassungsrechtliches Problem, sondern ein solches der allgemeinen Gesetzgebung. Die in § 211 Abs. 2 StGB aufgestellten Abgrenzungskriterien, die besonders verwerfliche Modalitäten der Tötungshandlung beschrieben, seien nicht willkürlich, zumal von ihnen etwa nicht erfaßte besonders schwerwiegende Tötungen nach § 212 Abs. 2 StGB ebenfalls mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht seien.

V.

Der Angeklagte des Ausgangsverfahrens beanstandet die im Vorlagebeschluß enthaltenen tatsächlichen Feststellungen und bestreitet, L. getötet zu haben. Im Übrigen führt er aus, daß nicht nur § 211 Abs. 1 StGB, sondern die Freiheitsstrafe schlechthin verfassungswidrig sei, da sie die Freiheit der Person vollständig aufhebe. Das sei gemäß Art. 19 Abs. 2 GG unzulässig.

VI.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte in zwei Verfassungsbeschwerdeverfahren (2 BvR 578/73 und 2 BvR 36/74), die sich inzwischen erledigt haben, einen ausführlichen Fragebogen an die Landesregierungen versandt, der umfangreiches Material über Verhängung, Vollzug und Auswirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe sowie zur Gnadenpraxis der Länder ergeben hat. Diese Unterlagen sind auch im vorliegenden Verfahren herangezogen worden. Daraus ergibt sich ua folgendes:

1. In der Zeit zwischen dem 8. Mai 1945 und dem 31. Dezember 1975 sind in der Bundesrepublik insgesamt 1.915 Personen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Hiervon waren etwa 90% Männer. In den Jahren 1972 bis 1975 erfolgten jeweils zwischen 46 (1972) und 76 (1973) Verurteilungen.

Zur Tatzeit hatten von den 1.915 Verurteilten 4,9% ein Alter unter 21 Jahren, 49,5% zwischen 21 und 29 Jahren, 28,5% zwischen 30 und 39 Jahren, 11,5% zwischen 40 und 49 Jahren, 4,6% zwischen 50 und 59 Jahren und 1% von 60 Jahren und mehr.

46% der Täter waren ohne Vorstrafen, 16,3% hatten eine Vorstrafe und 37,7% zwei und mehr Vorstrafen.

Am 31. Dezember 1975 gab es in den Strafanstalten der Bundesrepublik noch 975 lebenslang Gefangene, darunter nur einen, der sich 30 Jahre in Haft befand. Keiner ist vor dem 8. Mai 1945 verurteilt worden.

Von den 1.915 Verurteilten sind 140 (7,3%) in der Haft verstorben, davon 38 (2%) durch Selbstmord.

Von 702 bis zum 31. Dezember 1975 Begnadigten sind rund 5% rückfällig geworden, davon einer wegen Mordes, 3 wegen sonstiger Tötungsdelikte und die übrigen wegen anderer Straftaten.

Aufgrund der Begnadigungspraxis in dem genannten Zeitraum haben sich bis zur gnadenweisen Entlassung nur wenige Gefangene, nämlich 48, weniger als 10 Jahre und auch nur wenige, nämlich 27, mehr als 30 Jahre ihrer Strafe verbüßen müssen. Der größte Teil der Begnadigungen erfolgte zwischen dem 15. und dem 25. Haftjahr. Die durchschnittliche Verbüßungsdauer liegt bei etwa 20 Jahren.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die lebenslange Freiheitsstrafe erhebt nur die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg. Der Berliner Senator für Justiz hält allenfalls die absolute Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe für alle Mörder für bedenklich. Die übrigen Länder halten die gegenwärtige Rechtslage nicht für verfassungswidrig. Die hessische Landesregierung hat sich zu dieser Frage nicht geäußert.

3. Auf die Frage nach den Erkenntnissen über die Auswirkungen des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe haben die Landesregierungen - mit Ausnahme der Senate von Hamburg und Bremen - aufgrund ihrer Erfahrungen in den Vollzugsanstalten im Ergebnis übereinstimmend mitgeteilt, es lasse sich nicht feststellen, daß der Vollzug dieser Strafe regelmäßig schwerwiegende und bleibende Schäden für die Persönlichkeit der Gefangenen zur Folge habe. Die Haftsituation werde von den Gefangenen individuell unterschiedlich bewältigt. Entscheidend komme es auf die Persönlichkeit des Verurteilten an. Daneben seien ua die Tatumstände, das Alter bei der Inhaftierung, die Verarbeitung von Tat und Schuld, die Anstaltsstruktur sowie die Gestaltung des Strafvollzugs von Bedeutung. Durch die neuere Gestaltung des Strafvollzugs mit Anregungen verschiedenster Art und der Möglichkeit zu Außenkontakten hätten die Gefangenen hinreichende Möglichkeiten, sich geistig beweglich zu halten und ihre Individualität zu wahren. Dem entsprächen auch die Erfahrungen aus der Gnadenpraxis, die den Gefangenen die Aussicht auf eine vorzeitige Entlassung eröffne und damit die psychische Belastung wesentlich mildere. Denn mit wenigen Ausnahmen seien auch die nach 20 und mehr Haftjahren begnadigten Gefangenen durchaus lebensstüchtig und könnten ihr Leben nach Überwindung der Anfangsschwierigkeiten recht aktiv und zielbewußt gestalten. Es gebe zwar auch Gefangene, deren geistige Beweglichkeit durch die passive Haftsituation gemindert werde, so daß ein Persönlichkeitsabbau eintrete. Manche Gefangene alterten vorzeitig. Derartige Störungen träten aber bisweilen schon nach kurzen Haftzei-

ten auf. Es spreche daher viel dafür, daß derartige Persönlichkeitsveränderungen nicht auf der Haft, sondern auf der Persönlichkeitsstruktur und auf Vorschäden des Betroffenen beruhten. Nur bei vorgeschädigten Verurteilten und bei altersbedingtem oder krankheitsbedingtem Abbau sei nämlich ein ausgesprochener Persönlichkeitszerfall beobachtet worden. In diesen Fällen sei auch nach der Begnadigung keine befriedigende soziale Anpassung erreichbar.

Die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, die auch die lebenslange Freiheitsstrafe an männlichen Verurteilten aus Schleswig-Holstein und Bremen vollstreckt, hat in ihrer Stellungnahme mehr die negativen Folgen des Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe in den Vordergrund gestellt. Die Untersuchung von zehn zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen habe zwar ergeben, daß generelle Aussagen über die Auswirkungen langjähriger Freiheitsstrafen nur vorsichtig formuliert werden könnten, weil die persönlichkeitsverändernden Wirkungen der Haft je nach Vollzugsphase und Persönlichkeitsstruktur verschieden seien. Allgemein fühlten sich die Gefangenen als gezeichnete Außenseiter. Sie neigten dazu, sich eine Phantasiewelt aufzubauen und dabei wirklichkeitsfremd zu werden. Der Vergleich mit bereits schwer gestörten Mitgefangenen lasse sie häufig befürchten, selbst ähnliche Schäden zu erleiden. Außerdem werde die Lebensüchtigkeit durch die langjährige Gewöhnung an ihre passive Rolle im Vollzug eingeschränkt. Zu Beginn der Haft fürchteten viele Gefangene die Distanzierung ihrer Verwandten und Bekannten und die daraus folgende Isolierung. Heftige Reaktionen auf die einschränkenden Bedingungen der Haft seien häufig, doch kämen Selbstmorde und Aggressionen nicht öfter vor als bei anderen Langzeitbestrafte auch. Nach etwa 10 Jahren Haft setze mit der Hoffnung auf Begnadigung eine erneute Unruhe ein. Das ungewisse Ende der Haft und die unterschiedliche Gnadenpraxis der Bundesländer führten dabei in einigen Fällen zu extremen psychischen Belastungen. Im allgemeinen seien Persönlichkeitsveränderungen eher bei auffälligen und zu neurotischen Störungen neigenden Gefangenen zu befürchten als bei stabilen Persönlichkeiten. Daneben seien die Gestaltung des Vollzugs und die Einstellung des Täters zur Straftat dafür maßgebend, ob die Haft die Persönlichkeit bis zur Lebensuntüchtigkeit verändere. Im Extremfall könne schon die Untersuchungshaft bleibende Schäden verursachen, während andere Gefangene sich auch nach 20 Jahren Haft leicht wieder in der Freiheit zurechtfinden. Insgesamt seien die genannten Persönlichkeitsveränderungen ohne signifikant unterschiedliche Häufigkeit auch bei zu langen Zeitstrafen Verurteilten anzutreffen.

VII.

In der mündlichen Verhandlung sind Sachverständige zu verschiedenen im einzelnen formulierten Fragen gehört worden.

1. Zu den Fragen der Haftschäden durch den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe sowie den Möglichkeiten und Aussichten, ihnen durch geeignete Vollzugsmaßnahmen entgegenwirken zu können, haben sich Professor Dr. Dr. B., Leiter der Abteilung für gerichtliche Psychologie und Psychiatrie im Institut für gerichtliche Medizin an der Universität K., Regierungsdirektorin iR Dr. E., ehemalige langjährige Leiterin der Strafanstalt für Frauen in F., Wissenschaftlicher Direktor Dr. S., Leiter der Justizvollzugsanstalt H., und Professor Dr. R., Direktor des Instituts für forensische Psychiatrie an der Freien Universität B., geäußert.

a) Professor Dr. Dr. B., der als Mitglied eines Gutachtergremiums im Gnadenverfahren in Nordrhein-Westfalen über 100 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte Häftlinge nach einer Haftzeit von durchschnittlich 19 bis 20 Jahren untersuchte und anhand der Akten ihre Lebensläufe verfolgte, hat ausgeführt:

Für die Beurteilung möglicher Persönlichkeitsveränderungen infolge der Haft komme es vor allem auf die Sozialtüchtigkeit der Gefangenen nach der Entlassung an. Entscheidend sei dabei die Erfolgsbeurteilung der sozialen Anpassung. Gehe man hiervon aus, seien die effektiven Eingliederungserfolge nach der Entlassung ein Beweis dafür, daß Lebenslängliche in ihrer Persönlichkeit in der Regel nicht geschädigt seien. Seine eigenen dahingehenden Erfahrungen aus Nordrhein-Westfalen würden durch andere Untersuchungsergebnisse und durch die Stellungnahmen der Vollzugsanstalten S. und A. sowie der Landesregierungen bestätigt. Vereinzelt scheine sich zwar die Theorie vom Persönlichkeitszerfall zu bestätigen. Dabei handele es sich aber um seltene Ausnahmefälle, bei denen schon vor der Haft schwere Anpassungsstörungen vorgelegen hätten. Gleiche Fehlentwicklungen fänden sich wahrscheinlich noch häufiger bei Häftlingen mit langen Zeitstrafen. In manchen Fällen habe sich dagegen noch nach 20 und mehr Jahren Haft eine Wende zum Guten ergeben. Vollzugsbedingte Gesundheitsschäden seien ebenfalls nicht erkennbar. Im Durchschnitt sei der Gesundheitszustand der Gefangenen vielmehr besser als bei der Normalbevölkerung.

Der Strafvollzug biete für die Gefangenen inzwischen vielfältige Möglichkeiten, ihre Fähigkeiten und Interessen zu fördern. Wenn es zu Fehlentwicklungen komme, begännen diese be-

reits im Frühstadium der Haft. Die "Dreiphasentheorie" (vgl unten C II 2a) jedenfalls werde den vielfältigen Erscheinungen der Vollzugswirklichkeit nicht gerecht.

Für die entlassenen Gefangenen gebe es sicherlich mannigfache Schwierigkeiten. Diese seien aber nicht unüberwindlich, sondern könnten durch einen sinnvollen Übergangsvollzug meist schon vorsorglich vermieden werden.

b) Frau Dr. E. hat über die Entwicklung von 20 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Frauen berichtet, die zwischen 12 und 24 Jahren inhaftiert waren. Sie hat ua ausgeführt:

Das überraschende Ergebnis neuerer Untersuchungen, daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe keine schwerwiegenden Persönlichkeitsschäden zur Folge habe, beruhe möglicherweise auf methodischen Fehlern, dem jeweiligen Standort der Untersucher und ihrer Definition der Persönlichkeitsschäden. Nach dem Wertsystem des Grundgesetzes seien aber solche Schäden nicht schon dann ausgeschlossen, wenn der Gefangene arbeiten könne und nicht rückfällig werde. Geschädigt sei eine Persönlichkeit vielmehr bereits dann, wenn sie infolge der Haft mit ihrem individuell-partnerschaftlichen Leben nichts mehr anzufangen wisse und sich von der Umwelt isoliere. Die vereinzelt als Selbstbeschränkung und Bescheidenheit bezeichneten Symptome seien daher richtigerweise als Eingrenzung, Verlust von Realitätssinn, Flexibilität und Kontaktfähigkeit, Angst vor Persönlichkeitsverlust und Gewöhnung an Passivität zu werten. Die in F. beobachteten Frauen hätten in ihrer Primärpersönlichkeit fast ausnahmslos früh entwickelte Defizite aufgewiesen, seien fast alle aus schlechten häuslichen Verhältnissen gekommen und nur eine Frau habe eine gehobene Schulbildung gehabt. Dieser Ausgangssituation habe auch die Entwicklung in der Haft entsprochen. Zusammenfassend lasse sich sagen, daß bei älteren Frauen der arteriosklerotische Prozeß verfrüht beginne und relativ rasch fortschreite. Bei jüngeren Frauen setzten nach einer Zeit des möglichen Persönlichkeitsaufbaus und intensiver Beschäftigung mit der Tat, teils aber auch schon sehr früh, psychosomatische Störungen ein. In der Begnadigungsphase ergebe sich zwar zunächst ein Anstieg der Vitalität, danach aber fast immer ein deutliches Abfallen. Ob die in der Haft entstandenen Schäden irreparabel seien, könne sie schwer beurteilen, da die Entlassung bei den meisten Frauen noch nicht lange genug zurückliege. Insgesamt hätten vier Frauen die Haft relativ gut, fünf einigermaßen und elf nur schlecht und auf die Dauer geschädigt überstanden.

c) Dr. S., dessen Erfahrungen und Erkenntnisse sich auf insgesamt 78 zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte aus den Ländern Hamburg, Bremen und Schleswig-Holstein bezogen, hat erklärt:

Jede Unterbringung in einer totalen Institution habe Hospitalisierungsschäden oder Deprivationssyndrome zur Folge. Zusammengefaßt lasse sich sagen, daß für die Lebenslänglichen die Welt und ihre persönliche Entwicklung stehen zu bleiben schienen. Es blieben Aussichtslosigkeit, Hilflosigkeit und Ratlosigkeit. Nach ein paar Jahren trete eine Beruhigung, aber auch Resignation ein. Der Gefangene passe sich an. Das sei jedoch weder eine Läuterung noch ein Persönlichkeitsaufbau. Allerdings könne eine sehr lange Strafe in Einzelfällen auch einen positiven Neubeginn und eine Umstrukturierung bedeuten. Das ändere aber nichts daran, daß die lebenslange Haft in der Regel Schäden in allen Bereichen des menschlichen Seelenlebens verursache. Diese Schäden könnten zwar kaum behoben, wohl aber kompensiert werden. Letztlich bleibe ein Schaden zurück, auch wenn es gelinge, einen Menschen nach der Haft irgendwie existenzfähig zu machen.

Nach fünf bis sieben Jahren scheine bei vielen Lebenslänglichen der Zeitpunkt erreicht zu sein, in dem sie sich an den Vollzug gewöhnt hätten und anfangen zu resignieren. Mehr als 10 Jahre könne kein Mensch büßen. Danach verliere der Verurteilte den Bezug zur Tat, die im Vollzug erreichte Aufbauarbeit werde gefährdet und die Bereitschaft zur aktiven Mitarbeit gehe verloren. Es könne auch kein Vollzugsplan über mehr als 10 Jahre aufgestellt werden. Nur bei gefährlichen Tätern sollten daher mehr als 10 Jahre Haft vollstreckt werden.

Je länger der Strafvollzug gedauert habe, um so schwieriger sei die Wiedereingliederung. Ohne sorgfältige Vorbereitung sei sie kaum möglich. Der Gefangene müsse allmählich an das Leben in Freiheit gewöhnt werden. Oft dauere es lange, bis Unsicherheiten und Hemmungen überwunden seien.

d) Professor Dr. R. hatte zur Vorbereitung seines Gutachtens in der Vollzugsanstalt B. 53 zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte Gefangene untersucht. Er hat ausgeführt:

Die Gefangenen habe er auf körperliche Schäden, psychotische Symptome, Intelligenzmininderungen und allgemeine Persönlichkeitsveränderungen untersucht. Dabei seien sie ua mit Tests sowie aufgrund einer körperlichen Untersuchung und des persönlich gewonnenen Eindrucks beurteilt worden. Er habe festgestellt, daß der körperliche Zustand der Gefangenen überwiegend gut sei. Es bestünden zwar zahlreiche subjektive Beschwerden, die aber in der

Regel nur leichter Natur seien. Psychotische Symptome seien mit einer Ausnahme nicht aufgetreten. Anzeichen für eine Verblödung im Haftverlauf hätten sich nicht ergeben. Allerdings sei die Streubreite der Intelligenz sehr groß. Bei den Persönlichkeitsveränderungen sei zu berücksichtigen, daß es sich insgesamt um eine hochabnorme Gruppe handele. Die Tat sei zudem in der Regel an einem Tiefpunkt der Persönlichkeitsentwicklung begangen worden, so daß danach nur noch eine Besserung möglich sei. Die Gefangenen hätten zwar keine emotionale Abstumpfung, wohl aber eine "Rücknahme" gezeigt, die jedoch offenbar reversibel sei. Die Depressivität habe im Laufe der Zeit abgenommen. Die Persönlichkeiten blieben aber gestört, hochgradig unreif, sehr spontan, undiszipliniert und von geringer Ich-Stärke. Diese Ergebnisse lägen auf der Linie der vom Home Office in Großbritannien in Auftrag gegebenen Gutachten, die ebenfalls keinen psychischen Abbau während der Haft feststellen können.

Für die Abweichung seiner Befunde von dem Ergebnis anderer Arbeiten seien verschiedene Erklärungen denkbar: Von den untersuchten Gefangenen sei niemand länger als knapp 17 Jahre in Haft gewesen. Möglicherweise habe sich die Zusammensetzung der Gruppe der Mörder geändert, oder es seien früher auch mehr Kranke verurteilt worden. Schließlich seien die Vollzugsbedingungen früher wesentlich anders gewesen. Gerade strenge Haftbedingungen könnten aber schwere Schäden verursachen, während sich leichtere Haftbedingungen positiv auswirkten.

2. Als Sachverständige zur Frage der präventiven Wirkung lebenslanger Freiheitsstrafen bei Mord sind Professor Dr. M., Direktor des Instituts für Kriminologie an der Universität S., und Professor Dr. K., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in F., gehört worden.

a) Professor Dr. M. hat die Ansicht vertreten, die bisherigen Ergebnisse der empirischen Präventionsforschung erlaubten insbesondere hinsichtlich der lebenslangen Freiheitsstrafe keine sicheren Feststellungen. Grundsätzlich sei zwar eine gewisse Abschreckungswirkung anzunehmen, es sei aber noch weitgehend offen, worauf sie beruhe. Die Einstellung der Bevölkerung zur lebenslangen Freiheitsstrafe sei vermutlich weniger von der rechtlichen Regelung und der tatsächlichen Anwendung abhängig als von der subjektiven Einschätzung der Strafe und der allgemeinen Bewertung der Freiheit im Bewußtsein der Gesellschaft. Manches spreche dafür, daß für die Präventionswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe der Sozialisationsprozeß, der Sozialstatus und die Persönlichkeitsstruktur des potentiellen Täters sowie die Wahrscheinlichkeit und Art der Bestrafung von Bedeutung seien. Dabei hätten die

Wahrscheinlichkeit und Gleichmäßigkeit der Bestrafung größeres Gewicht als die Härte der Strafe. Einige Untersuchungen ließen ferner erkennen, daß die Strafhöhe auch geringeren Einfluß habe als angenommene Verhaltensmuster oder der soziale Druck gesellschaftlicher Gruppen. Die Abschreckungswirkung richte sich außerdem eher nach der subjektiven Einschätzung des Bestrafungsrisikos als nach der objektiven Wahrscheinlichkeit und Härte der Bestrafung. Im Übrigen werde ein erheblicher Teil der vorsätzlichen Tötungen in Affektsituationen oder Konfliktsituationen begangen. Solche Täter ließen sich aber nur begrenzt durch Strafdrohungen motivieren. Ob und inwieweit die lebenslange Freiheitsstrafe planmäßig vorgehende Täter von einem Mord abhalten könne, sei empirisch noch nicht hinreichend geklärt. Vermutlich werde weniger die Strafhöhe in das Täterkalkül einbezogen als die Gefahr der Entdeckung und Bestrafung. Die Intensivierung der Strafverfolgung habe somit größere Präventionswirkung als die Höhe der Strafe. Da das Tötungstabu allgemein anerkannt sei, erscheine es aber zweifelhaft, ob die Mordkriminalität durch präventive Maßnahmen noch reduziert werden könne. Die bisherigen empirischen Befunde ließen vielmehr keine Rückschlüsse darauf zu, daß die Mordkriminalität von der Strafdrohung entscheidend beeinflußt werde. Ebenso wenig gebe es bisher Beweise dafür, daß die Möglichkeit der Begnadigung oder bedingten Entlassung die Präventionswirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe reduziere.

b) Professor Dr. K. ist bei der Auswertung der bisher vorliegenden Forschungsberichte ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, daß die empirische Sanktionsforschung noch unzureichend entwickelt sei. Den derzeitigen Forschungsstand hat er wie folgt zusammengefaßt: Die Bereitschaft zum Verbrechen werde vor allem durch die persönliche Wertorientierung, die subjektive Einschätzung des Entdeckungsrisikos und Bestrafungsrisikos sowie durch die unmittelbaren Bedingungen der potentiellen Deliktsituation bestimmt. Die Schwere der Strafe trete demgegenüber zurück, und zwar auch und gerade beim sogenannten Rationaltäter. Eine meßbare Abschreckungswirkung lasse sich bei der schwersten Gewaltkriminalität aus einer bestimmten Strafdrohung nicht herleiten. Wichtig erscheine dagegen die Struktur und Intensität des gesamten Präventionssystems in einer Gesellschaft. Längere Strafzeiten führten bei erwachsenen Strafgefangenen nicht zu einer geringeren Rückfallrate, wobei noch ungeklärt sei, ob die längere Strafzeit überhaupt keinen präventiven Einfluß habe oder ob dieser Einfluß durch die Haftfolgen neutralisiert werde.

Eine präventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe lasse sich beim Mord für den potentiellen Täterkreis nicht feststellen. Das bedeute aber nicht, daß sie nicht vorhanden sei, sondern nur, daß sie sich bisher nicht empirisch sichern lasse. Außerdem bestehe Grund zu

der Annahme, daß die Androhung und Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe für das allgemeine Rechtsbewußtsein von Bedeutung sei. Die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe habe beim Mord keine sittenbildende Kraft, sondern eine normverdeutlichende Funktion, die den hohen Rang des Rechtsguts Leben klarstelle.

3. Zu Fragen der tatbestandlichen Ausgestaltung des § 211 StGB und der absoluten Strafandrohung in dieser Vorschrift sind als Sachverständige Professor Dr. J., Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in F., und Professor Dr. A., Vorstand am Institut für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie der Universität E., sowie aufgrund ihrer Erfahrungen in Schwurgerichten der Vorsitzende Richter am Landgericht B., H., und der Leitende Ministerialrat S., S., gehört worden.

a) Professor Dr. J. hat ua ausgeführt:

Die in § 211 Abs. 2 StGB genannten Mordmerkmale seien nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich geeignet, den Mord im Unrechtsgehalt und Schuldgehalt vom Totschlag abzugrenzen. Bedenken beständen jedoch bei den hier in Betracht kommenden Merkmalen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht.

Bei der Heimtücke gebe es Fälle, die trotz Ausnutzung der Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Opfers nicht die Kennzeichnung als Mord verdienten, weil die Heimtücke manchmal nicht Ausdruck der Verschlagenheit sei, sondern nur die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegenüber Brutalität und Gewalt. Der Bundesgerichtshof habe deshalb zusätzlich eine feindselige Absicht des Täters verlangt. Mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum müsse man aber für die Heimtücke darüber hinaus einen verwerflichen Vertrauensbruch fordern, um die Fälle auszuscheiden, in denen kein schutzwürdiges Vertrauensverhältnis vorliege. Dann sei auch die Heimtücke geeignet, den Mord im Unrechtsgehalt und Schuldgehalt vom Totschlag abzugrenzen.

Bei dem Tatbestandsmerkmal der Verdeckungsabsicht könnten Zweifel bestehen, weil es auch situationsbedingte Fälle der Selbstbegünstigung und Fremdbegünstigung treffe. Insofern sei aber eine einschränkende Auslegung dieses Mordmerkmals dahin möglich, daß die Tötung im voraus geplant gewesen sein müsse, wie es bereits in § 100 Abs. 2 Nr. 5 des Alternativ-Entwurfs vorgeschlagen worden sei. Die Rechtsprechung habe diesen Schritt zwar nicht getan, doch sei sie rechtlich daran nicht gehindert. Bei einer verfassungskonformen

Auslegung der genannten zwei Mordmerkmale genüge § 211 StGB den Anforderungen des Gleichheitssatzes.

Wenn man diesen Versuch einer verfassungskonformen Auslegung für unzureichend halte, stehe auch noch die rechtliche Möglichkeit offen, mit der herrschenden Meinung im Schrifttum, jedoch entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 9, 385), für den Mord als materielles Schuldmerkmal zusätzlich die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung zu fordern. Für diese Auslegung sprächen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 211 StGB. Da es sich um eine einschränkende Auslegung handele, sei sie verfassungsrechtlich unbedenklich. Langfristig sollten die bedenklichen Tatbestandsmerkmale zwar ausgeschieden werden. Das sei aber keine Frage des Verfassungsrechts, sondern der Strafrechtsreform.

Da § 211 StGB bei verfassungskonformer Auslegung nicht zu beanstanden sei, verstoße auch das Fehlen einer Strafmildervorschrift weder gegen den Gleichheitssatz noch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Im Übrigen diene die lebenslange Freiheitsstrafe der Generalprävention im weiteren Sinne, weil sie ein notwendiges Teilstück der sozialen Kontrolle sei und vom Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit verlangt werde.

b) Professor Dr. A. ist zu dem Ergebnis gekommen, der Mord unterscheide sich vom Totschlag weder im Unrechtsgehalt noch im Schuldgehalt so gravierend, daß der Sprung zur lebenslangen Freiheitsstrafe verständlich werde. Der absoluten Androhung dieser Strafe beim Mord stehe - unter Einbeziehung des § 213 StGB - ein sehr weites Strafraum von 6 Monaten bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe beim Totschlag gegenüber. Zusätzlich bestehe bei der zeitigen Freiheitsstrafe noch die Möglichkeit der bedingten Strafaussetzung. Die sich daraus ergebende Kluft könne derzeit nur unzulänglich überbrückt werden. Der Rückgriff auf § 212 StGB bei minder schweren Fällen des Mordes sei ausgeschlossen, weil der Bundesgerichtshof die besondere Verwerflichkeit als zusätzliches Mordmerkmal abgelehnt habe. Der Versuch, durch eine einschränkende Auslegung der Mordmerkmale im Einzelfall eine billige Entscheidung zu erzielen, sei ebenfalls unbefriedigend, weil insbesondere die Merkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht hierfür zu starr seien. Zudem bleibe der weite Abstand der Strafdrohungen dadurch unverändert. Auch die lebenslange Freiheitsstrafe für Totschlag gemäß § 212 Abs. 2 StGB könne diesen Abstand nicht überbrücken; denn diese Vorschrift werde in der Praxis nur selten angewandt. Im Übrigen sei unerklärlich, wa-

rum in § 212 StGB eine Strafschärfung vorgesehen sei, in § 211 StGB aber keine Strafmilderung. Schließlich könne auch die Begnadigungspraxis die Kluft nicht schließen; denn zwischen der Möglichkeit, eine 15jährige Strafe nach 10 Jahren zur Bewährung auszusetzen und der Aussicht auf Begnadigung nach 15 bis 20 Jahren bestehe ein wesentlicher Unterschied.

Die Mordmerkmale seien nicht geeignet, die schweren Fälle der vorsätzlichen Tötung hinreichend zu charakterisieren. Die Koppelung von Mord und lebenslanger Freiheitsstrafe habe den Gesetzgeber in ein Dilemma geführt: Viele Mordmerkmale führten zu einer unangemessenen Ausweitung des Tatbestands auch auf minder schwere Fälle. Wenige Mordmerkmale dagegen hätten eine Überschätzung der in ihnen liegenden Unrechtssteigerung oder Schuldsteigerung zur Folge. Unabhängig davon, ob man die Mordmerkmale als Gesinnungsmerkmale oder als Ausdruck einer besonders unangemessenen Zweck-Mittel-Relation ansehe, könnten sie zwar die Unterscheidung von Mord und Totschlag erklären, nicht aber die massive Steigerung der Strafdrohung. Man könne zwar den Mordmerkmalen einen zusätzlichen Unrechtsgehalt nicht absprechen, doch sei das in der Vernichtung menschlichen Lebens liegende Unrecht kaum steigerungsfähig. Es sei daher zweifelhaft, ob eine solche Tat allein im Bereich der Schuld so viele Modifikationen haben könne, daß eine solche Differenzierung in der Strafandrohung gerechtfertigt sei. Gerade in der Überschätzung der Mordmerkmale liege daher eine besondere Geringschätzung des Rechtsguts menschliches Leben, weil die vorsätzliche Tötung nur bei Vorliegen der Mordmerkmale mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werde. Mit Recht wichen die Tatrichter dieser Strafe daher nach Möglichkeit aus.

c) Vorsitzender Richter am Landgericht B. hat berichtet, die Tatrichter hätten in aller Regel keine Schwierigkeiten, mit der bestehenden Kasuistik des § 211 Abs. 2 StGB im Einzelfall zu gerechten Ergebnissen zu kommen. Lediglich die Mordmerkmale der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht seien gelegentlich problematisch. Hinzu komme, daß die absolute Strafandrohung für Mord in der Praxis eine weit geringere Bedeutung habe, als allgemein angenommen werde; denn in vielen zweifelhaften Fällen werde den Gerichten durch die Möglichkeit der Strafmilderung für versuchte Taten, bei verminderter Schuldfähigkeit oder durch Anwendung des Jugendstrafrechts ein Strafraum eröffnet. Dennoch könne der Tatrichter im Einzelfall in Schwierigkeiten geraten, da es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kein ungeschriebenes Mordmerkmal der besonderen Verwerflichkeit gebe und der Täter bei Vorliegen eines der Merkmale des § 211 Abs. 2 StGB selbst dann verurteilt werden müsse, wenn im Übrigen alle denkbaren entlastenden Umstände vorlägen. Dieses

Ergebnis widerspreche dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip. Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spreche er sich daher für eine verfassungskonforme Auslegung des § 211 StGB in dem Sinne aus, daß die Verurteilung wegen Mordes nicht nur das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandsmerkmals voraussetze, sondern daß die Tat darüber hinaus nach ihrem Gesamtcharakter besonders verwerflich sein müsse. Diese restriktive Auslegung entspreche dem Sinn des Gesetzes und sei verfassungsrechtlich geboten.

Im Übrigen könne die staatliche Gemeinschaft nach seiner Auffassung vorläufig nicht auf die lebenslange Freiheitsstrafe verzichten; sie sei im Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft eng mit dem Mord verbunden und ihre Aufhebung könnte als Signal für eine Minderung der Achtung des menschlichen Lebens mißverstanden werden.

d) Leitender Ministerialrat S., der lange Zeit als Vorsitzender eines Schwurgerichts tätig war, hat ebenfalls darauf hingewiesen, daß sich der Strafraum für Totschlag von der Strafdrohung für Mord erheblich unterscheide und daß dieser Sprung nicht völlig der kriminologischen Wirklichkeit entspreche. Der Übergang vom Totschlag zum Mord verlaufe vielmehr kontinuierlich, der Graben zwischen den beiden Strafdrohungen könne daher im Einzelfall problematisch werden. Das spreche aber nicht gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, sondern eher für eine Heraufsetzung der zeitigen Höchststrafe auf zwanzig Jahre.

Die Gefahr, daß ein Mordmerkmal eine Tötungshandlung erfasse, die nicht zu den schwersten Fällen gehöre, bestehe in der Regel nicht. Jedenfalls habe er bei der Überprüfung aller Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe in Baden-Württemberg seit 1945 keinen Fall gefunden, in dem gegen das Verbot übermäßigen Strafens verstoßen worden sei. Lediglich bei der Heimtücke könne man in einigen wenigen Fällen der Ansicht sein, daß die lebenslange Freiheitsstrafe inadäquat gewesen sei. Diese Schwierigkeit lasse sich aber dadurch beheben, daß man über die rein deskriptive Definition des Bundesgerichtshofs hinaus zusätzlich einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch fordere. Das Merkmal der Verdeckungsabsicht sei unbedenklich, wenn der Tötungsentschluß vor der zu verdeckenden Tat gefaßt oder die Tötung erst einige Zeit nach dieser Tat begangen werde. Differenzierter dagegen müsse man die Fälle sehen, in denen sich der Täter erst während oder sofort nach der Tat zur Tötung hinreißen lasse. Auch hier sei aber zu berücksichtigen, daß der Täter diese besondere Situation selbst herbeigeführt habe und in der Regel Straftaten von erheblichem Gewicht verdecken wolle. Gegen eine Generalklausel im Mordtatbestand bestünden im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung und Strafzumessung erhebliche Bedenken.

Eine generelle Strafmilderungsvorschrift bei Mord führe zu einer Relativierung der Mordmerkmale und der Strafdrohung in der forensischen Praxis. Zum einen würde sie sich auch auf solche Merkmale erstrecken, bei denen keine minder schweren Fälle denkbar seien. Zum anderen würde dann in jedem Einzelfall um die Anwendung dieser Vorschrift gerungen. Damit würde die Verantwortung für den Ausspruch der lebenslangen Strafe auf die Gerichte verlagert, obwohl sie besser beim Gesetzgeber bleiben sollte. Eine generelle Strafmilderungsmöglichkeit würde darüber hinaus zu einer Erosion der lebenslangen Freiheitsstrafe selbst führen, weil von ihr dann erfahrungsgemäß nur noch seltener Gebrauch gemacht werden würde. Dies wäre zugleich ein verhängnisvoller erster Schritt zur Abschaffung dieser Strafe.

4. Zur Frage der Vorteile und Nachteile des Gnadenverfahrens und einer gesetzlichen Regelung der Strafaussetzung für lebenslang Gefangene sind Dr. T., Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Internationales Strafrecht an der Universität G., und Professor Dr. M. gehört worden.

a) Professor Dr. T. hat vor allem die Nachteile des derzeit geübten Gnadenverfahrens hervorgehoben. Schon bei der Einleitung des Verfahrens sei der Gefangene weitgehend auf das Tätigwerden der Gnadeninstanz angewiesen, da eigene Initiativen die Gefahr der Ablehnung mit sich brächten, verbunden mit einer faktischen Sperrfrist für neue Anträge. Insoweit würden gesetzliche Mindestverbüßungszeiten Klarheit zugunsten der Verurteilten schaffen. Ein weiterer Nachteil sei, daß über die Begnadigung durch politische Instanzen mit all ihren Abhängigkeiten entschieden werde. Außerdem würden Gnadenentscheidungen häufig verzögert. Es gebe kein Recht auf Akteneinsicht. Die Begutachtung der Verurteilten erfolge vertraulich, so daß sich die Gutachter nicht der Kritik zu stellen hätten. Die Begnadigungskriterien seien nach den Auskünften der Bundesländer sehr verschieden, letztlich sei aber immer die positive Sozialprognose entscheidend. Die Gnadenentscheidungen seien ferner in der Regel nicht oder nur unzureichend begründet und unterlägen keiner gerichtlichen Kontrolle. Aus der gegenwärtigen Gnadenpraxis ergebe sich für die Gefangenen eine Unsicherheit, die der Resozialisierung schade. Alle diese Nachteile sprächen für eine gesetzliche Regelung der Strafaussetzung auch bei der lebenslangen Freiheitsstrafe (vgl. dazu ZRP 1974, S 145ff). Sie könne durch ihre bewußtseinsbildende Kraft die Resozialisierung der zu lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen zusätzlich fördern und einer Denaturierung des Gnadenverfahrens entgegenwirken.

b) Professor Dr. M. hat dargelegt, das Gnadungsverfahren sei flexibel und ermögliche weitgehend individualisierende Entscheidungen. Es lasse die lebenslange Freiheitsstrafe an sich unberührt und tangiere ihre generalpräventive Wirkung nicht. Von Nachteil sei allerdings, daß die Flexibilität zugleich eine erhebliche Unsicherheit für die Betroffenen mit sich bringe und eine kontinuierliche Praxis erschwere. Dies zeige sich vor allem an der sehr unterschiedlichen Begnadigungspraxis der einzelnen Bundesländer. Hinzu komme, daß nicht nur eine rechtliche Bindung der Gnadeninstanzen fehle, sondern auch der Rechtsweg nur gegen den Widerruf eines Gnadenurteils gegeben sei. Gnadenentscheidungen könnten ferner vom Druck der öffentlichen Meinung unsachlich beeinflußt werden. In letzter Zeit laufe die Gnadenpraxis außerdem auf eine Korrektur der lebenslangen Freiheitsstrafe hinaus. Die Gnadenentscheidung habe sich dabei weithin zu einer Prognoseentscheidung entwickelt und damit eine Funktion der Rechtsprechung übernommen.

Das Gewicht dieser Nachteile spreche dafür, die bedingte Entlassung auch bei der lebenslangen Freiheitsstrafe gesetzlich zu regeln. Die verfassungsrechtlich garantierte Begnadigungsbefugnis müsse dabei aber unberührt bleiben. Die Zuständigkeit der unabhängigen Vollstreckungsgerichte könne zu einer Objektivierung der Entscheidungspraxis beitragen. Zudem würde der normative Widerspruch zwischen Strafrecht und Strafvollzugsrecht aufgelöst. Angesichts der gegenwärtigen Gnadenpraxis, die allgemein bekannt sei, würde auch die generalpräventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch eine gesetzliche Regelung der Aussetzungsmöglichkeit nicht beeinträchtigt. Entscheidend sei aber, daß durch eine gesetzliche Regelung Klarheit über die Voraussetzungen der vorzeitigen Entlassung geschaffen würde. Insgesamt verspreche eine gesetzliche Regelung zwar keine glatten, aber kriminalpolitisch bessere Lösungen.

VIII.

Die Zuständigkeit des Ersten Senats für dieses Verfahren beruht auf einem Beschluß des Ausschusses gemäß § 14 Abs. 5 BVerfGG vom 28. Juni 1976 (vgl. § 46 GOBVerfG).

B.

Die Vorlage ist zulässig.

1. Das Schwurgericht hat dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 211 Abs. 1 StGB insoweit verfassungswidrig ist, "als er bestimmt, daß der Mörder mit lebenslanger

Freiheitsstrafe bestraft wird". Die Begründung der Vorlage stellt jedoch nicht nur auf die Strafandrohung des § 211 Abs. 1 StGB ab; beanstandet wird auch die unzulängliche Umschreibung des Mordtatbestandes in § 211 Abs. 2 StGB. Die Abgrenzung des Mordes vom Totschlag (§ 212 StGB) mit seiner wesentlich niedrigeren Strafandrohung (5 bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Bei dem inneren Zusammenhang der beiden Absätze des § 211 StGB muß auch der Mordtatbestand des § 211 Abs. 2 StGB als zur verfassungsgerichtlichen Prüfung vorgelegt angesehen werden (vgl. BVerfGE 12, 151 (163); 27, 1 (5); 33, 224 (228)). Das gilt jedoch nur, soweit es sich um die Tatbestandsmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" handelt; denn nur diese sind nach den Feststellungen des Vorlagebeschlusses für die Entscheidung im Ausgangsverfahren erheblich. Sie sind auch ohne weiteres von den übrigen Mordmerkmalen des § 211 Abs. 2 StGB abtrennbar. Die Vorlagefrage ist daher in diesem Umfange zu erweitern. Die Entscheidungserheblichkeit hat das Schwurgericht hinreichend dargetan.

2. § 211 StGB ist nachkonstitutionelles Recht und unterliegt daher der Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts im Normenkontrollverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG.

Zwar geht die Vorschrift in ihrer jetzigen Fassung auf das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. September 1941 (RGBl I S 549) zurück, wobei der erste Absatz die Strafandrohung für den Mörder und der zweite Absatz die Begriffsbestimmung des Mörders enthält. Der Bundesgesetzgeber hat jedoch die ganze Bestimmung im Zuge seiner Gesetzgebung in seinen Willen aufgenommen (vgl. BVerfGE 11, 126 (131f); 18, 216 (219f); 32, 78 (82); 32, 296 (299f); 36, 224 (227)).

Er hat zweimal die aus dem Jahre 1941 stammende Fassung des § 211 Abs. 1 StGB geändert. Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 (BGBl I S 735) strich gemäß Art. 102 GG die Androhung der Todesstrafe, so daß als alleinige Strafe die lebenslange Zuchthausstrafe verblieb. Art. 5 Abs. 1 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (BGBl I S 645) ersetzte die lebenslange Zuchthausstrafe durch lebenslange Freiheitsstrafe.

Hingegen ist der Wortlaut des zweiten Absatzes seit dem Gesetz vom 4. September 1941 unverändert geblieben. Jedoch hat der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er auch die bisherige Formulierung des § 211 Abs. 2 StGB

in seinen Willen aufnehmen und - zumindest vorläufig - daran festhalten will. Zwischen dem geänderten ersten Absatz und dem unveränderten zweiten Absatz des § 211 StGB besteht ein enger sachlicher Zusammenhang. Die Strafanforderung könnte ohne die Bestimmung der Mordqualifikationen nicht angewendet werden. Im Rahmen der Strafrechtsreform ist auch eine Neufassung des Mordtatbestandes erörtert und vorgeschlagen worden (vgl. § 135 des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BTDrucks IV/650, S 35 mit Begründung S 272f; Baumann ua, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, Tübingen 1970, S 16ff (§ 100)). Dennoch hat der Gesetzgeber bei der schrittweisen Reform des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs durch die Strafrechtsreformgesetze seit dem Jahre 1969 am alten Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB bisher nichts geändert. Schließlich ist das gesamte Strafgesetzbuch unter Berücksichtigung der Strafrechtsreformgesetze und der übrigen Änderungen aufgrund von Art. 323 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl I S 469) am 2. Januar 1975 (BGBl I S 1) neu bekanntgemacht worden.

C.

§ 211 StGB ist in dem hier zu prüfenden Umfang nach Maßgabe der folgenden Ausführungen und in der sich daraus ergebenden restriktiven Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

I.

1. Die lebenslange Freiheitsstrafe stellt einen außerordentlich schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen dar. Die Freiheit der Person, die Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG als unverletzlich garantiert, wird durch diese Strafe, die an der Spitze des Strafenkatalogs des geltenden Strafrechts steht, auf die Dauer entzogen. Das Verdikt "lebenslänglich" im strengen Wortsinn bedeutet die endgültige Ausschließung des Straftäters aus der Gesellschaft der freien Bürger. Durch den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe wird nicht nur das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingeschränkt, sondern es werden - je nach Lage des einzelnen Falles - auch zahlreiche andere in der Verfassung garantierte Grundrechte betroffen. Dies macht Gewicht und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Fragestellung deutlich.

Freilich kann in das Recht der persönlichen Freiheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wird jedoch durch die Verfassung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Der Gesetzgeber muß bei der

Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung sowohl die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG), das oberste Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung, als auch weitere Verfassungsnormen, insbesondere den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Gebot der Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG) beachten. Ist schon die Freiheit der Person ein so hohes Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigem Grund eingeschränkt werden darf (BVerfGE 22, 180 (219)), so bedarf der lebenslange Entzug dieser Freiheit einer besonders strengen Prüfung am Maßstabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Innerhalb dieser Grenzen bleibt Raum für die Gestaltung durch den Gesetzgeber. Die lebenslange Freiheitsstrafe wirft unter dem Gesichtspunkt der Rolle des Strafrechts in der modernen Gesellschaft eine Reihe rechtspolitischer und kriminalpolitischer Fragen auf. Deren Entscheidung obliegt dem Gesetzgeber. Er hat sich bisher für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei schwersten Delikten entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen der Vorlage nur zu prüfen, ob diese Entscheidung mit der Verfassung vereinbar ist.

2. Die lebenslange Freiheitsstrafe gehört seit altersher zum Kernbestand der strafrechtlichen Sanktionen. Ihre Bedeutung war jedoch im Verhältnis zur Gegenwart geringer, weil die Todesstrafe den Strafenkatalog anführte. Der Streit um die Todesstrafe machte das "Lebenslänglich" zur Alternative, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit im allgemeinen nicht in Zweifel gezogen wurde. Immerhin gibt es eine nicht unbedeutende ältere Literatur, die sich recht ausführlich mit der Wirkung des lebenslangen Freiheitsentzugs auf die menschliche Persönlichkeit und ihren Folgen auseinandersetzte (vgl. M. Liepmann, Die Todesstrafe, Berlin 1912, Gutachten für den 31. Deutschen Juristentag). Bei Anhängern der Todesstrafe war es ein beliebtes Argument, daß der Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe grausamer und unmenschlicher ("Schrecken ohne Ende") als die Vollstreckung der Todesstrafe ("Ende mit Schrecken") sei. Erst nachdem die Auseinandersetzungen um die Todesstrafe abgeklungen waren, begann sich die Wissenschaft gegen Ende der sechziger Jahre wieder mit der Problematik des lebenslangen Freiheitsentzugs zu beschäftigen. Seither ist die Diskussion um diese Höchststrafe nicht mehr abgerissen. Dabei fällt auf, daß die Auseinandersetzung im wissenschaftlichen Schrifttum in den letzten Jahren immer lebhafter geworden ist, die Rechtsprechung hingegen sich mit den dabei aufgeworfenen Problemen bis zur Vorlage des Landgerichts Verden so gut wie gar nicht beschäftigt hat. Die Strafgerichte haben die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe bis in die jüngste Zeit ohne nähere Erörterung angenommen. Erst in letzter Zeit hat der 1. Strafsenat des Bundesge-

richtshofs, wohl angeregt durch den Vorlagebeschluß des Landgerichts Verden, einem Urteil vom 13. Juli 1976 (NJW 1976, S 1755 Nr. 18) den Leitsatz vorangestellt: "Daß die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe für Mord mit dem Grundgesetz vereinbar ist, entspricht allgemeiner Rechtsanschauung und ständiger Rechtsprechung; der Senat sieht keinen Anlaß, hiervon abzugehen". Die von der Revision des Angeklagten gegen § 211 StGB erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken werden ohne weitere Ausführungen für unbegründet erklärt. Dem entspricht, daß alle in diesem Verfahren befragten Strafsenate des Bundesgerichtshofs die lebenslange Freiheitsstrafe als mit dem Grundgesetz vereinbar ansehen.

3. In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats lassen sich ausdrückliche Erklärungen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht feststellen. Lediglich der Abgeordnete S. (DP) ging bei der Begründung seines im Hauptausschuß abgelehnten Antrags, die Todesstrafe abzuschaffen, auch auf die Freiheitsstrafe ein und erklärte u.a. (Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S 534):

Wenn ich die Abschaffung der Todesstrafe fordere und dafür eine längere Freiheitsstrafe eintreten lassen möchte, dann soll die Freiheitsstrafe vor allem dazu dienen, dem Menschen, der eine Todesstrafe nach bisherigem Recht verwirkt hat, die Gelegenheit zur inneren Läuterung und zur Umstellung zu geben. Wir haben viele Beispiele, wo gerade dadurch ganz Wesentliches, menschlich sehr Bedeutungsvolles sich ergeben und ereignet hat.

Bei der Beratung der von dem Abgeordneten W. (SPD) im Hauptausschuß und Plenum des Parlamentarischen Rats gestellten Anträge, die Todesstrafe abzuschaffen, wurde ebenfalls keine umfassende Überprüfung der übrigen damals im Strafrecht vorgesehenen Sanktionen vorgenommen (vgl. a.a.O., S 669ff, 744 und 758; Parlamentarischer Rat, StenBer S 186ff). Trotz aller Meinungsverschiedenheiten war letztlich der Mißbrauch der Todesstrafe während der NS-Zeit für die Einfügung des Art. 102 GG entscheidend. Aus dem bloßen Umstand der Abschaffung der Todesstrafe kann daher nicht geschlossen werden, daß der Verfassungsgeber die lebenslange Freiheitsstrafe als mit dem Grundgesetz vereinbar ansah. Jedoch kann dem Grundgesetz in seiner ursprünglichen Fassung an anderer Stelle ein Hinweis darauf entnommen werden, daß der Verfassungsgeber von der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe ausging: Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946 bezüglich der Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts (ABl. des Kontrollrats in Deutschland, S 55) waren die bis dahin geltenden Strafvorschriften über Hochverrat und Landesverrat aus der NS-Zeit aufgehoben worden. Der Parlamentarische Rat zögerte anfangs, eine entsprechende Ersatzvorschrift in das Grundgesetz aufzunehmen,

weil man meinte, der Erlaß derartiger Strafnormen könne dem späteren einfachen Bundesgesetzgeber überlassen bleiben. Schließlich entschloß sich der Parlamentarische Rat aber doch, eine Strafnorm gegen Hochverrat und Landesverrat als Art. 143 in das Grundgesetz aufzunehmen und als Strafdrohung lebenslanges Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren vorzusehen. Diese Vorschrift galt bis zum Inkrafttreten des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30. August 1951 (BGBl I S 739). Es mag dahinstehen, ob ihr Verfassungsrang zukam oder ob es sich lediglich um eine einfach-rechtliche Strafbestimmung handelte. Die Faktoren sind in nicht unerheblichem Umfang zeitbedingt. Neue Einsichten können die Bewertung dieser Strafe insbesondere am Maßstab der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips beeinflussen und sogar wandeln.

II.

1. Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde stellen den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung dar (vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 30, 173 (193); 32, 98 (108)). Der Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen.

Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbtherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums (vgl. BVerfGE 33, 303 (334) m.w.N.). Sie kann im Hinblick auf diese Gemeinschaftsgebundenheit nicht "prinzipiell unbegrenzt" sein. Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht; doch muß die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben (BVerfGE 30, 1 (20) - Abhörurteil). Dies bedeutet, daß auch in der Gemeinschaft grundsätzlich jeder Einzelne als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muß. Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen (vgl. BVerfGE 27, 1 (6) m.w.N.). Der Satz, "der Mensch muß immer Zweck an sich selbst bleiben", gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, daß er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt.

Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, auf dem höchste Anforderungen an die Gerechtigkeit gestellt werden, bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne. Der Grundsatz "nulla poena sine culpa" hat den Rang eines Verfassungssatzes (BVerfGE 20, 323 (331)). Jede Strafe muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen (BVerfGE 6, 389 (439); 9, 167 (169); 20, 323 (331); 25, 269 (285f)). Das Gebot zur Achtung der Menschenwürde bedeutet insbesondere, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind (BVerfGE 1, 332 (348); 6, 389 (439)). Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wertanspruchs und Achtungsanspruchs gemacht werden (BVerfGE 28, 389 (391)). Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen erhalten bleiben. Aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ist daher - und das gilt insbesondere für den Strafvollzug - die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht. Mit einer so verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne daß zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können.

Bei alledem darf nicht aus den Augen verloren werden: Die Würde des Menschen ist etwas Unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, daß an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.

2. Prüft man nach diesen Maßstäben Inhalt und Auswirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe, so ergibt sich, daß ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG nicht vorliegt.

a) Das Landgericht begründet die Verletzung der Menschenwürde hauptsächlich mit dem Hinweis auf wissenschaftliche Untersuchungen über Persönlichkeitwandlungen im Strafvollzug und auf die Strafvollzugserfahrung, daß bei langjährigem Freiheitsentzug persönlichkeitschädigende Folgen auftreten, die "nach einer unterschiedlich beurteilten Haftdauer von

10, 15, 20 oder jedenfalls 25 Jahren bei praktisch jedem Strafgefangenen ein Stadium erreichen, das durch Abflauen guter Affekte, Resignation, Stumpfheit und Gleichgültigkeit eine Persönlichkeitsveränderung bewirkt, die in Lebensuntauglichkeit, Unschuldssophisterei, präsenilem Begnadigungswahn und häufig in Verblödung endet".

Eigene Erhebungen zu dieser Frage hat das Landgericht nicht angestellt. Prüft man das von ihm bezeichnete und das übrige einschlägige Schrifttum nach, so ergeben sich erhebliche Zweifel, ob die angeführten Belege für die behaupteten Schadenswirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe methodisch und sachlich derart fundiert sind, daß sich daraus verfassungsrechtliche Folgerungen für die Beurteilung der gesetzgeberischen Entscheidung herleiten ließen. Insbesondere fällt auf, daß nur verhältnismäßig wenige Autoren sich auf eigene Untersuchungen stützen können. Viele Behauptungen gehen letztlich auf das oben angeführte Gutachten von M. Liepmann für den 31. Deutschen Juristentag aus dem Jahre 1912 zurück.

Nach Liepmann (a.a.O., S 184ff) verläuft die lebenslange Haft in drei Stadien ("Dreiphasentheorie").

Im ersten Stadium überwiege der Zustand hochgradiger Erregung, der mit tiefen Depressionen abwechsle. Zwar bringe das Urteil den Lebenslänglichen, die zwischen Tat, Entdeckung und Verurteilung stärksten Spannungen ausgesetzt gewesen seien, eine gewisse Entlastung. Sobald sich aber die Zuchthaus tür hinter ihnen geschlossen habe, erschüttere sie der Ernst des Gedankens, daß dies für immer geschehe. Dieser Zustand erfordere eine besonders behutsame Behandlung im Vollzug, weil es anderenfalls bereits jetzt zu einem Zusammenbruch der geistigen Kräfte des Gefangenen und zu schweren Disziplinwidrigkeiten, Aggressionen und dem bekannten "Zuchthausknall" komme. Bei richtiger Behandlung trete aber spätestens nach ein bis zwei Jahren eine Beruhigung ein.

Es folge dann "das zweite Stadium, in dem die Selbsterhaltung einen oft erfolgreichen Kampf gegen die zerstörenden Kräfte des Zuchthauses führt" (a.a.O., S 185). Kein Gefangener könne den Gedanken der lebenslangen Haft aushalten. Alle klammerten sich an die Vorläufigkeit der Situation. Jeder hoffe darauf, noch einmal die Freiheit wiederzuerlangen. Diese Hoffnung helfe ihm, Haltung zu bewahren und eine totale Anpassung zu vermeiden und schütze vor dem Zusammenbruch. Zugleich bringe dieser Gedanke viele dazu, ihre besten Kräfte einzusetzen, um durch gute Führung die Begnadigung zu erreichen. In dieser Situati-

on lernten sie, sich willig in die Ordnung des Hauses zu fügen, ihr Temperament zu beherrschen und gewöhnen an sittlichem Halt.

Zum dritten Stadium führt Liepmann aus (a.a.O. S 186f):

Nach 20 Jahren Strafhaft tritt dann regelmäßig das trübste, dritte Stadium ein. Es leitet sich ein durch ein "Abflauen der guten Affekte": an Stelle der Hoffnungsfreudigkeit tritt dumpfe Resignation; die Enttäuschung schädigt wohl auch das Nervensystem, hypochondrische Befürchtungen nehmen überhand, die Gesundheit leidet vielleicht auch wirklich, der Gefangene fängt an, die Fortsetzung der Strafe als eine zwecklose Härte zu empfinden, er fühlt sich einer langsam zu vollziehenden Todesstrafe ausgesetzt, an Stelle früheren Vertrauens tritt Mißtrauen, Verbitterung, Haß auf die Gesellschaft. "Stiller und trauriger" werden dann viele Gefangene und ziehen sich mit schwindender Hoffnung immer mehr zurück, werden zu Einsiedlern, kommen nicht mehr zum Arzt und antworten auf die Frage nach dem Grunde ihres Fernbleibens wohl "weil ich dieses Leben nicht verlängern will". "Dann beginnt ... ein grausames Zerstörungswerk des inneren Lebens durch die abtötende Haft. Das Notwendigste und Beste im Menschen, sein Wille, zum Schlechten, aber auch zum Guten wird langsam, aber sicher gewürgt. Es fehlt die den Menschen "heiligende" Freude. Das Vegetieren beginnt und siegt. Die Gefangenen werden stumpf und gefühllos, Maschinen, endlich Ruinen. Das ist der Nährboden für entstehende geistige Störungen.

Die Untersuchungsergebnisse Liepmanns beruhen auf umfangreichen Erhebungen und der Auswertung der Angaben über mehr als 2.000 Lebenslängliche aus verschiedenen europäischen Ländern sowie auf Vorarbeiten anderer Wissenschaftler. Das Gutachten stellt danach eine gut fundierte Untersuchung der Haftwirkungen beim Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe dar. Es bleibt aber zu berücksichtigen, daß der Vollzug der Zuchthausstrafe zu Anfang dieses Jahrhunderts nicht mit den heutigen Verhältnissen in den Vollzugsanstalten der Bundesrepublik verglichen werden kann. Selbst wenn die Bausubstanz zahlreicher Strafanstalten noch aus jener Zeit stammen mag, so kommt es doch entscheidend auf die Behandlung der Gefangenen im täglichen Leben der Vollzugsanstalten an. Gerade insoweit haben sich jedoch grundlegende Änderungen durch die Wandlung des bloßen "Verwahrvollzugs" zum "Behandlungsvollzug" ergeben, mag auch vieles noch verbesserungsbedürftig sein. Die Beurteilung Liepmanns wird daher - gerade auch von Autoren, auf die sich der Vorlagebeschluß beruft - als zu pessimistisch und nicht ohne weiteres auf die Gegenwart übertragbar bezeichnet (vgl. Röhl, a.a.O., S 185 m.w.N.; Feige, Vom Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe, in: Einsele, Feige, Müller-Dietz, Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, Stuttgart

1972, S 1 (3)). Die Vorbehalte gegen die Übertragbarkeit älterer Untersuchungsergebnisse auf die gegenwärtigen Verhältnisse und Auswirkungen des Strafvollzugs hat auch Dreher (a.a.O., S 331ff) hervorgehoben und deswegen sogar seine frühere Auffassung zu dieser Frage (ZStW 70, 543 (562f)) ausdrücklich aufgegeben.

Die Ansichten über die Haftfolgen beim Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe in der neueren Literatur weisen ein sehr breites Spektrum auf. Sie reichen von der Behauptung schwerer Persönlichkeitsveränderungen bis zur Beschreibung der erfolgreichen Resozialisierung der allermeisten Gefangenen nach ihrer gnadenweisen Entlassung aus dem Strafvollzug.

Zu den Autoren, die schwerwiegende Haftschäden behaupten, gehören insbesondere:

Einsele, Zur lebenslangen Freiheitsstrafe, und Müller-Dietz, Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung, beide in: Einsele, Feige, Müller-Dietz, Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, Stuttgart 1972, S 25ff und S 35 (76); Hanack, Die lebenslange Freiheitsstrafe, in: Kriminologische Gegenwartsfragen, herausgegeben von H.E. Ehrhardt und H. Göppinger, Heft 11 (1974), S 72ff; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl, Karlsruhe 1971, S 806; Ohm, Persönlichkeitswandlung unter Freiheitsentzug, Auswirkungen von Strafen und Maßnahmen, Berlin 1964; Baumann, Mißlingt die Strafrechtsreform, Neuwied und Berlin 1969, S 20 und S 129f; Roxin, in: Baumann, Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt 1968, S 84ff; Otto, Strafen gegen das Leben, ZStW 83, 39 (48); Triffterer, Zur Behandlung "Lebenslänglicher" in der Bundesrepublik, ZRP 1970, S 13 (15); Welzel, Stellungnahme zum Thema Todesstrafe, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 11, S 47ff; Zipf, Die Rechtsfolgen der Tat im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1974, S 137 (138)).

Eine zweite Gruppe erkennt an, daß mit den bisher vorliegenden Untersuchungsergebnissen eine verlässliche Beurteilung der Haftfolgen im gegenwärtigen Strafvollzug noch nicht möglich sei und daher vor einem abschließenden Urteil weitere Untersuchungen erforderlich seien (so insbesondere Röhl, a.a.O., S 125, der vor allem im psychischen Bereich eine abschließende Beurteilung der deformierenden Wirkung der langen oder lebenslangen Freiheitsstrafe noch nicht für möglich hält, da es sich dabei um eines der am meisten vernachlässigten Probleme des Strafvollzugs handele, und Feige, a.a.O. S 4, der weitere wissenschaftliche Erkenntnisse zur Tötungskriminalität und dem Verhalten Lebenslänglicher für notwendig erachtet). Diese Autoren berücksichtigten in besonderem Maße die Bemühungen um einen menschenwürdigen Strafvollzug und die Erwägung, daß man mit Untersuchungsergebnisse,

die mehr als 50 Jahre zurückliegen, den Strafvollzug der Gegenwart nicht sachgerecht beurteilen kann.

Auch soweit grundsätzlich die Entstehung von Haftschäden bei Langzeitbestraften bejaht wird, bestehen stark voneinander abweichende Auffassungen über den Zeitpunkt, von dem ab bei den Gefangenen mit dauerhaften Persönlichkeitsschäden zu rechnen ist. Die Berichte von Ohm deuten auf eine Verbüßungsdauer von 13 Jahren (a.a.O., S 95). Sehr häufig genannt werden 15 Jahre (z. B. Einsele, Müller-Dietz, Triffterer), aber auch 20 und mehr Jahre Haft werden für tragbar gehalten (z. B. Dreher, Röhl).

Schließlich findet sich eine dritte Gruppe von Äußerungen, nach denen auch der Vollzug von langen Freiheitsstrafen die Lebenstüchtigkeit der Gefangenen nicht regelmäßig so schwer und dauerhaft schädige, wie das aufgrund der früheren Erfahrungen insbesondere von den Autoren der ersten Gruppe befürchtet wird. In den Berichten über diese neueren Untersuchungsergebnisse (Bresser, Die Begutachtung zur Sozialprognose "Lebenslänglicher" und Sicherungsverwahrter, JR 1974, S 265; Goette, Erfahrungen mit Langzeitbestraften, Spektrum der Psychiatrie und Nervenheilkunde, 1975, S 55ff) wird darauf hingewiesen, daß es in aller Regel möglich sei, durch geeignete Behandlungsmaßnahmen einer schwerwiegenden Schädigung der Langzeitbestraften entgegenzuwirken. Zudem kommt in diesen Äußerungen zum Ausdruck, daß die Lebenstüchtigkeit der Gefangenen, die nach Verbüßung langer Freiheitsstrafen gnadenweise entlassen werden, nicht so schwerwiegend beeinträchtigt sei, daß sie einer erfolgreichen Resozialisierung entscheidend im Wege stünde.

Auf einer breiten wissenschaftlichen Basis beruhen die Ergebnisse, zu denen das European Committee von Crime Problems des Europarats in seinem Bericht vom 13. August 1975 (DPC/CEPC XXV (74) 3 final) über die Behandlung der zu langzeitigen Freiheitsstrafen Verurteilten gekommen ist. Aufgrund mehrerer Sachverständigengutachten zu dieser Frage hält das Komitee es nicht für möglich, generalisierende Aussagen über die negativen Auswirkungen derartiger Freiheitsstrafen - und somit auch der lebenslangen - auf die Persönlichkeit der Gefangenen zu machen. Der Eintritt und das Ausmaß von Persönlichkeitsschädigungen hänge vielmehr von mehreren Faktoren ab, die im Einzelfall gewichtet werden müßten. Mit hoher Wahrscheinlichkeit seien die negativen Auswirkungen langzeitiger Inhaftierungen daher nicht unvermeidbar. Durch sinnvolle Maßnahmen könne ihnen erfolgreich entgegen gewirkt werden.

Zu einander widersprechenden Ergebnissen kommen schließlich auch zwei in jüngster Zeit vorgelegte Monographien zur Frage der Haftschäden beim Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe.

Mechthild Goemann (Das Schicksal der Lebenslänglichen, Erhebungen zur Lebenssituation und Sozialprognose von begnadigten Langzeitgefangenen, Berlin-New York 1977, Kölner Diss) hat insgesamt 66 langfristig inhaftierte Probanden eingehend exploriert. Wie sie berichtet, widersprechen die hierbei gewonnenen Erfahrungen über die Auswirkungen einer durchschnittlich zwanzigjährigen Strafverbüßung der verbreiteten, in der älteren und in der neueren Literatur vertretenen Meinung, daß schon eine mehr als zehnjährige Freiheitsentziehung zu unkorrigierbaren Persönlichkeitsdefekten mit emotioneller und daraus sich ergebender sozialer Einengung sowie zu einem Verlust an Flexibilität bis hin zur "Entpersönlichung" führe. Die vielfach angenommene Lebensuntüchtigkeit, verbunden mit einer seelischen Abstumpfung nach jahrzehntelanger Haft, trete nur in Ausnahmefällen ein, beginne dann aber immer schon im Frühstadium der Haft und sei nicht erst als Folge der langen Inhaftierung zu beobachten. Außerdem hat die Autorin 70 begnadigte Straftäter, die lange Freiheitsstrafen verbüßt hatten, befragt und festgestellt, daß bei ihrer sozialen Wiedereingliederung keine unüberwindlichen Schwierigkeiten aufgetreten seien.

Demgegenüber kommt Peter-Alexis Albrecht in einer noch nicht veröffentlichten Göttinger Dissertation (zur sozialen Situation entlassener "Lebenslänglicher", Ein Vergleich von sozialen Positionen vor, während und nach der Haft, Göttingen 1976), am Beispiel aller 81 in Niedersachsen seit dem 8. Mai 1945 zur lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilten Männer, die bis zum 1. Oktober 1973 begnadigt und entlassen worden sind, zu dem Ergebnis, Haft, die über 15 Jahre andauert, wirke sich in jeder Hinsicht schädlich auf die spätere Entwicklung der Betroffenen aus. Lange Haftzeiträume seien also weder erforderlich noch sinnvoll. Sie hätten lediglich destruktive Auswirkungen auf die soziale Lebenstauglichkeit.

b) Auch die in diesem Verfahren durchgeführte Beweisaufnahme hat zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. Die in der mündlichen Verhandlung zur Frage der durch den Vollzug lebenslanger Freiheitsstrafe verursachten Schäden angehörten Sachverständigen sind zu ähnlich verschiedenen Schlußfolgerungen gekommen, wie sie schon dem Schrifttum zu entnehmen waren.

Die Professoren Dr. Dr. B. und Dr. R. - beide Psychiater - haben trotz wesentlich voneinander abweichender Untersuchungsmethoden im Ergebnis übereinstimmend bekundet, ihre

Untersuchungen hätten nicht ergeben, daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Regel eine irreparable Schädigung der Persönlichkeit oder der Gesundheit der Gefangenen zur Folge habe.

Dr. Dr. B. beurteilte die Persönlichkeit primär unter dem Gesichtspunkt der "Sozialtüchtigkeit" und bewertete unter Hinweis auf die Erhebungen von Goemann die effektiven Eingliederungserfolge als Beweis dafür, daß Lebenslängliche in ihrer Persönlichkeit in der Regel nicht geschädigt seien. Selbst extrem lange Haftzeiten müßten nicht notwendig zu einer erheblichen Persönlichkeitsbeeinträchtigung führen.

Dr. R. konnte bei der Mehrzahl der untersuchten Häftlinge weder körperliche Dauerschäden noch geistigen Verfall noch emotionale Abstumpfung - wenngleich Rücknahme, die aber offenbar reversibel sei - noch psychotische Symptome feststellen.

Hingegen haben die Sachverständigen Frau Dr. E. und Dr. S. - beide Strafvollzugspraktiker - im Ergebnis in den wesentlichen Punkten übereinstimmend dargelegt, daß gemäß ihren Erfahrungen und Untersuchungen nach einer gewissen Haftdauer erhebliche Schädigungen sowohl körperlicher Art, als auch im seelisch-geistigen Bereich auftraten, die kaum zu beheben seien.

Frau Dr. E. bekundete, daß die Mehrzahl der zu lebenslanger Haft verurteilten Frauen frühzeitig gealtert und zum Teil sehr schwer erkrankt seien. Die lebenslange Strafe schädige den größten Teil der Betroffenen, es sei denn, es handele sich um besonders robuste und unverseht in Haft gekommene Personen.

Dr. S. stellte Hospitalisationsschäden und Deprivationssyndrome fest, die sich mit zunehmender Haftdauer verstärkten. Bei einer Strafverbüßung zwischen fünf und sieben Jahren scheine bei vielen Lebenslänglichen jener Zeitpunkt erreicht zu sein, von dem ab sie anfangen zu resignieren. "Länger als zehn Jahre kann kein Mensch büßen".

Es ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, darüber zu befinden, wie es zu so auseinandergehenden Beurteilungen kommen kann. Möglicherweise wurden, wie Professor Dr. B. meinte, die Bestimmungsfaktoren der "Persönlichkeit" oder auch der "Gesundheit" verschieden definiert und der Begriff "Schädigung" von verschiedenen Gesichtspunkten her uneinheitlich interpretiert; es kann auch sein - worauf Frau Dr. E. hinwies -, daß die Beurteilung der Entwicklung von lebenslang Inhaftierten so lange auf bloß subjektiven Deutungen

beruhe, als kontinuierliche "Längsschnittuntersuchungen" vom ersten Tag der Haft an mit gesicherten Methoden nicht vorliegen. Ferner muß berücksichtigt werden, daß die Erfahrungsgrundlagen, auf denen die Bekundungen der Sachverständigen beruhen, nach ihren eigenen Aussagen verhältnismäßig schmal sind. Ausreichende Erfahrungen über die Auswirkungen eines lebenslangen Freiheitsentzugs können schon deshalb nicht vorliegen, weil in aller Regel eine vorzeitige Entlassung erfolgt und die Hoffnung auf diese Entlassung die Entwicklung der Gefangenen beeinflußt haben könnte. Auch die verschiedenen Haftbedingungen in den einzelnen Vollzugsanstalten können eine Rolle gespielt haben.

Für beide Standpunkte lassen sich beachtliche Gesichtspunkte geltend machen. Die Schwierigkeit besteht aber darin, daß derzeit keiner von beiden durch hinreichend verlässliche Untersuchungen belegbar ist. Immerhin läßt sich in Würdigung aller Umstände nicht gänzlich ausschließen, daß nach einer mit den bisher vorliegenden Erkenntnissen noch nicht abschließend zu konkretisierenden Haftzeit in manchen Fällen deformierende Persönlichkeitsveränderungen in der Haft befürchtet werden müssen.

c) Bei einer derartigen Sachlage ist für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung Zurückhaltung geboten (vgl. BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (347) m.w.N.). Zwar ist dem Bundesverfassungsgericht der Schutz der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber übertragen. Das Gericht ist daher bei seiner Prüfung nicht an die Rechtsauffassung des Gesetzgebers gebunden. Soweit dabei jedoch Wertungen und tatsächliche Beurteilungen des Gesetzgebers von Bedeutung sind, kann sich das Gericht über sie grundsätzlich nur hinwegsetzen, wenn sie widerlegbar sind. Allerdings erscheint es bedenklich, daß auch dann, wenn schwere Grundrechtseingriffe in Frage stehen, Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen sollen. Wenn das Bundesverfassungsgericht dennoch hinsichtlich etwaiger Haftschäden einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde verneint hat, so waren hierfür hauptsächlich folgende Gründe maßgeblich:

aa) Die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe findet ihre verfassungsrechtlich notwendige Ergänzung in einem sinnvollen Behandlungsvollzug. Die Vollzugsanstalten sind auch bei den zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen verpflichtet, auf deren Resozialisierung hinzuwirken, sie lebensstüchtig zu erhalten und schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs und damit auch und vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen entgegenzuwirken. Dabei handelt es sich um verfassungsrechtlich fundierte Vollzugsaufgaben, die sich aus der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Unantastbarkeit der Menschen-

würde herleiten. Werden diese Aufgaben von den Vollzugsanstalten im gebotenen Maße erfüllt, leisten sie einen wesentlichen Beitrag dazu, etwa drohenden Persönlichkeitsveränderungen bei den Gefangenen entgegenzuwirken.

Schon bisher war der Strafvollzug in der Bundesrepublik nicht mehr reiner "Verwahrvollzug", sondern es wurde ein auf die Resozialisierung der Gefangenen hin ausgerichteter "Behandlungsvollzug" angestrebt. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen des Strafvollzugs. Das Gericht hat mehrfach betont, daß die Forderung nach Resozialisierung verfassungsrechtlich dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft entspreche, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt stelle und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet sei. Dieses Resozialisierungsinteresse ergebe sich für den Straftäter aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG. Der verurteilte Straftäter müsse die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen (BVerfGE 35, 202 (235f) - Lebach; 36, 174 (188)). Es sei Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle gesetzlichen Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig seien, beim Gefangenen dieses Vollzugsziel zu erreichen.

Geht man davon aus, daß auch dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleiben muß, je seine Freiheit wiedererlangen zu können, so muß ihm folgerichtig auch ein Anspruch auf Resozialisierung zustehen, mag für ihn auch erst nach langer Strafverbüßung die Aussicht bestehen, sich auf das Leben in Freiheit einrichten zu müssen (vgl. hierzu die Entscheidung BVerfGE 40, 276 (284), die einen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörder betraf). Denn auch in solchen Fällen kann der Vollzug der Strafe die Voraussetzungen für eine spätere Entlassung schaffen und dem Verurteilten die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erleichtern.

Diesen Anforderungen an einen verfassungsgemäßen Strafvollzug trägt das Strafvollzugsgesetz (StVollzG) vom 16. März 1976 (BGBl I S 581) Rechnung. Als Vollzugsziel bezeichnet § 2 Satz 1 StVollzG, daß der Gefangene fähig werden solle, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Gemäß § 2 Satz 2 StVollzG dient der Vollzug der Strafe auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten. Dabei soll das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich angeglichen werden. Schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs ist entgegenzuwirken. Außerdem ist der Vollzug darauf auszurichten, daß er dem Gefangenen hilft, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern (§ 3 Abs. 1 bis 3 StVollzG). Das Gesetz bezieht dabei die lebenslange Freiheitsstrafe mit ein und geht davon aus, daß auch der Vollzug dieser Strafe den Gefangenen nicht stär-

ker isolieren darf, als es für den Vollzug der Freiheitsstrafe und die Behandlung des Gefangenen erforderlich ist. Der Gefangene soll so lebensstüchtig bleiben, daß er sich im Falle einer Entlassung aus der Haft im normalen Leben wieder zurechtfindet (vgl. die Begründung zu § 13 des Regierungsentwurfs, BTDrucks 7/918, S 53). Abgesehen von der Urlaubsregelung in § 13 Abs. 3 enthält das Strafvollzugsgesetz keine Sonderregelungen, welche die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten von gesetzlichen Ansprüchen oder von Leistungspflichten der Vollzugsbehörden ausschließen.

Damit hat sich die Stellung der Strafgefangenen gegenüber der bisher gültigen Dienstordnung und Vollzugsordnung erheblich verbessert. Die gesetzliche Neuordnung des Strafvollzugs und die Fixierung von Vollzugszielen sind als wesentlicher Beitrag zur Verwirklichung eines menschenwürdigen Strafvollzugs zu werten. Von besonderer Bedeutung ist dabei, daß die zu lebenslanger Strafe Verurteilten nur hinsichtlich des Urlaubs einer Sonderregelung unterliegen, im Übrigen aber voll an dem Behandlungsvollzug der übrigen Gefangenen teilhaben. Soweit den Gefangenen im Strafvollzug aufgrund besonderer Umstände daher tatsächlich die befürchteten Persönlichkeitsveränderungen drohen sollten, ist es nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 Abs. 2 StVollzG Aufgabe der Vollzugsanstalten, derartigen schwerwiegenden Schäden durch geeignete zusätzliche Maßnahmen entgegenzuwirken. Daß dies grundsätzlich möglich ist, haben die Sachverständigen im Ergebnis übereinstimmend bekundet. Insbesondere Dr. S. hat detaillierte Vorschläge für entsprechende Maßnahmen im Rahmen des Strafvollzugs vorgetragen, wobei er betont hat, daß "eine lebenslange Freiheitsstrafe Spuren und Schäden hinterläßt, die kaum behoben, wohl aber kompensiert werden können". Es ist Aufgabe des Staates, die Vollzugsanstalten so auszustatten, daß sie der gesetzlichen Verpflichtung zu derartigen Maßnahmen nachkommen können. Welche Maßnahmen im Einzelnen in Betracht kommen, ist eine Frage des Strafvollzugs und braucht hier nicht weiter erörtert zu werden.

bb) Nach den getroffenen Feststellungen ist die volle Verbüßung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine seltene Ausnahme. Die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten werden - außer wenigen Fällen, in denen die Sozialprognose ungünstig und aus Gründen der öffentlichen Sicherheit der weitere Vollzug der Strafe geboten ist - vorzeitig im Gnadenwege entlassen. Daraus ergibt sich eine weitere wesentliche Begrenzung der Gefahr schwerwiegender Persönlichkeitsveränderungen. Die festgestellte Begnadigungspraxis der Bundesländer in einem Zeitraum von 30 Jahren zeigt, daß von den 702 freigelassenen Gefangenen nur wenige vor 10 Jahren (48) und auch nur wenige nach einer extremen Haftdauer von bis zu 30 Jahren (27) begnadigt wurden. Die Masse der Begnadigungen vollzieht sich zwischen dem

15. und 25. Haftjahr. Im Durchschnitt errechnet sich eine Haftdauer von ungefähr 20 Jahren (vgl. hierzu auch die Antwort der Bundesregierung vom 26. Oktober 1973 auf eine Anfrage von Abgeordneten der CDU - BTDrucks 7/1171 - und Albrecht, Die soziale Reintegration "Lebenslänglicher" im Spannungsverhältnis von Recht und Gnade, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) 1973, S 198ff).

Schließlich weist der Bundesminister der Justiz in seiner Stellungnahme darauf hin, daß in den letzten Jahren nahezu alle Bundesländer dazu übergegangen seien, die Gnadenfrage nach einer gewissen Haftzeit von Amts wegen zu prüfen. Er führt dies auf die zunehmende Kritik an der Gnadenpraxis bei der lebenslangen Strafe sowie die Handhabung im westeuropäischen Ausland zurück.

Damit hat sich die Gnadenpraxis in den letzten Jahren grundlegend zugunsten der zu lebenslanger Haft Verurteilten gewandelt. Noch 1964 teilte der damalige Bundesminister der Justiz Dr. B auf eine Anfrage des Bundestagsabgeordneten Dr. P. mit, daß sich am 31. März 1963 insgesamt 902 zu lebenslanger Strafe Verurteilte in den Strafanstalten der Bundesrepublik befunden hätten. Die Bundesländer hätten bis dahin nur in ganz wenigen Ausnahmefällen und nur unter besonderen Umständen zu lebenslanger Strafe Verurteilte begnadigt, insbesondere in Fällen, in denen der Verurteilte nach dem inzwischen in Kraft getretenen Jugendgerichtsgesetz nicht mehr zu einer lebenslangen Strafe verurteilt worden wäre. Insgesamt seien 11 Gefangene begnadigt worden. Nach Angaben von Röhl (a.a.O. S 74) wurden bis 1965 in Bayern von 300 nach dem 8. Mai 1945 Verurteilten 41 Gefangene begnadigt, in Rheinland-Pfalz von 59 nur 3 und in Hessen niemand. Auch wenn man berücksichtigt, daß die Begnadigungsfälle bis 1965 schon deswegen nicht so häufig waren, weil es kaum Gefangene gab, die bereits eine hinreichend lange Verbüßungszeit aufweisen konnten, zeigen die neueren Zahlen doch eindeutig die Tendenz zu einer großzügigeren Handhabung als in den Jahren bis 1965.

d) Die Menschenwürde wird auch dann nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grunde eine Begnadigung verbietet. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen einen gemeingefährlichen Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern. Dabei ist es im vorliegenden Zusammenhang verfassungsrechtlich unerheblich, ob der Freiheitsentzug als Sicherungsmaßnahme oder als Strafe verhängt und vollzogen wird. Daß bei der Bestimmung der Gefährlichkeit eines Straftäters der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden muß

und auch in solchen Ausnahmefällen die Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes einzuhalten sind, bedarf keiner näheren Begründung.

III.

Der Vorlagebeschluß weist darauf hin, daß die Träger des Gnadenrechts ihre Entscheidungen nach freiem Ermessen treffen, daß es keine gesetzliche Regelung der Begnadigungsvoraussetzungen und keinen Anspruch auf Begnadigung gibt und daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung über den Gnadenerweis von Verfassungen wegen nicht gerichtlich nachprüfbar ist (BVerfGE 25, 352 - keine Justitiabilität von Gnadenentscheidungen; anders für den Widerruf eines Gnadenerweises: BVerfGE 30, 111; weitergehend jedoch: BayVerfGH nF 18, 140; HessStGH, NJW 1974, S 791).

Dem vorliegenden Gericht ist darin zuzustimmen, daß der gegenwärtige Rechtszustand, wonach die lebenslange Freiheitsstrafe nur im Wege der Begnadigung ausgesetzt oder erlassen werden kann, zu rechtsstaatlichen Bedenken Anlaß gibt. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet eine Verrechtlichung der Entlassungspraxis.

1. Das Gnadenrecht steht dem Bundespräsidenten, in den Ländern den Ministerpräsidenten, im Saarland dem Ministerrat und in den Stadtstaaten den Senaten zu. Dadurch ergibt sich eine verschiedene Handhabung des Gnadenrechts. Insbesondere führt dies dazu, daß die Verurteilten in den einzelnen Bundesländern verschieden lange Verbüßungszeiten hinter sich bringen müssen, bevor sie mit einer gnadenweisen Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe rechnen können. So liegt die durchschnittliche Vollzugsdauer in der Zeit vom 5. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1975 nach den Mitteilungen der Länder in Hamburg bei ungefähr 16 Jahren, in Berlin bei 17 1/2 Jahren, in Baden-Württemberg bei etwa 18 Jahren, in Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland und Schleswig-Holstein zwischen 20 und 21 Jahren, in Nordrhein-Westfalen zwischen 21 und 22 Jahren und in Rheinland-Pfalz bei etwas über 22 Jahren. Die Ungleichheit wird besonders deutlich, wenn in einer Haftanstalt Gefangene aus verschiedenen Ländern untergebracht sind.

2. Die Nachteile des Gnadenverfahrens haben die Professoren Dr. T. und Dr. M. in der mündlichen Verhandlung (vgl. oben A VII 4) und in ihren Schriften eindrücklich dargelegt.

Sie haben betont, daß diese Nachteile auch durch eine Reform des Gnadenverfahrens nicht beseitigt werden könnten, weil eine genaue rechtliche Fixierung des Gnadenrechts schon

aus der Natur der Sache nur bedingt möglich sei, solange man daran festhalte, daß Gnade vor Recht ergehe, d.h. an bestimmte rechtliche Maßstäbe nicht gebunden sei. Gegenwärtig werde de facto auf dem Gnadenwege bereits eine Art Aussetzungslösung praktiziert, die freilich mit den Mängeln fehlender Berechenbarkeit und Kontrolle behaftet sei. Man müsse sich darüber im Klaren sein, daß die derzeitige Gnadenpraxis sich bereits auf einem Wege befinde, den zu beschreiten ihr eigentlich nach ihrem eigenen dogmatischen Ausgangspunkt verwehrt sei.

3. Auf die Nachteile einer gesetzlichen Regelung der bedingten Aussetzung lebenslanger Freiheitsstrafen, die in der mündlichen Verhandlung ebenfalls erörtert worden sind, hat vor allem Dreher (Dreher a.a.O., S 334ff) hingewiesen. Danach widerspreche es dem Wesen der Schuldstrafe, wenn mitten im Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe auf das System der Prognosestrafe übergewechselt und der weitere Vollzug der Strafe von der Gefährlichkeit des Täters abhängig gemacht werde. Des weiteren werde die kriminalpolitische Konzeption der lebenslangen Freiheitsstrafe durch die gesetzliche Regelung der bedingten Aussetzung verletzt; denn diese Konzeption gehe davon aus, daß bei schwerster Schuld die Sozialprognose ohne Bedeutung sei. Die regelmäßige Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe nach einer bestimmten Zeit der Mindestverbüßung führe im Übrigen zu einer Denaturierung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Ihre Abschreckungswirkung werde geringer, und gerade dies sei angesichts der steigenden Zahl der Verurteilungen wegen Mordes und Totschlages nicht zu verantworten. Insoweit müßten die Interessen möglicher Opfer schwerer wiegen als die der Verurteilten. Im Übrigen seien die Auswirkungen der gesetzlichen Regelung und des sich daraus ergebenden Anspruchs auf eine Entlassung schwer zu übersehen. Schließlich ergäben sich durch die gesetzmäßige Regelung der vorzeitigen Entlassung aus der lebenslangen Freiheitsstrafe Reibungen mit der zeitigen Freiheitsstrafe, deren Obergrenze derzeit bei 15 Jahren liege. Insgesamt führe dies zu einer Erosion der Strafe. Das Rechtsgefühl und Sicherheitsgefühl der Bürger werde beeinträchtigt. Es entstehe der Eindruck, daß erst die Todesstrafe und nun durch die Hintertür auch die lebenslange Freiheitsstrafe aufgehoben werde. Völlig ungelöst seien im Übrigen auch die Fragen, die mit der Einzelausgestaltung der bedingten Strafaussetzung verbunden seien.

Angesichts dieser Bedenken hält Dreher das Gnadenrecht für eher geeignet, den Problemen der lebenslangen Freiheitsstrafe gerecht zu werden. Die verschiedene Gnadenpraxis in den einzelnen Bundesländern könne dabei durch eine bundesweit angelegte Gnadenkommission wirksam vereinheitlicht werden.

4. a) Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 Abs. 1 GG und des Rechtsstaatsprinzips gezeigt, daß ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt ist, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können; denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß. Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der Würde der Person überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht.

Dem Sachverständigen M. ist zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, daß sich die Gnadenentscheidung in weitem Umfang zu einer Prognoseentscheidung hinsichtlich der Gefährlichkeit des Täters entwickelt habe. Sie erfüllt damit eine Aufgabe, die schlechterdings nicht Sache des Gnadenträgers sein kann. Die Begnadigung ergeht in einem internen Verfahren, das keine justizförmigen Garantien kennt. Die Gnadenpraxis der Länder läßt zwar die große Sorgfalt erkennen, mit der die Gnadenentscheidungen vorbereitet werden. Dennoch bestehen im Verfahren und in der Bestimmung des Entlassungszeitpunktes erhebliche Unterschiede, ohne daß die Gründe dafür einer Nachprüfung zugänglich sind.

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den Leitideen, die den Gesetzgeber unmittelbar binden; das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes. Zwar enthält dieses Prinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 7, 89 (92f); 25, 269 (290); 28, 264 (272); 35, 41 (47); NJW 1977, 892 (893)) keine für jeden Sachverhalt in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote von Verfassungsrang; dieser Verfassungsgrundsatz bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten, wobei fundamentale Elemente des Rechtsstaates und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben müssen. Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt, bei dem es um eine Entscheidung über eine für den Betroffenen schwerwiegende Frage von existentieller Bedeutung geht, gebieten sowohl das Prinzip der Rechtssicherheit als auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit, daß die Voraussetzungen, unter denen die lebenslange Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich geregelt werden. Die Ausgestaltung im einzelnen muß allerdings in dem durch die Verfassung gezogenen Rahmen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben.

b) Demgegenüber greifen die Bedenken gegen eine gesetzliche Regelung der bedingten Strafaussetzung lebenslanger Freiheitsstrafen nicht durch. Der "Widerspruch" zwischen dem Grundsatz der Schuldstrafe und dem Institut vorzeitiger bedingter Entlassung ist im Strafrecht nicht neu. Bereits das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 sah in § 23 vor, daß die zu einer längeren Freiheitsstrafe Verurteilten unter bestimmten Voraussetzungen vorläufig entlassen werden konnten, wenn sie drei Viertel ihrer Strafe verbüßt hatten. Die zu lebenslangem Zuchthaus Verurteilten waren von dieser Möglichkeit allerdings ausgeschlossen. Es mehrten sich jedoch schon in den Jahren nach der Jahrhundertwende die Stimmen, die für eine Einbeziehung der lebenslangen Freiheitsstrafe in die Regelung der vorläufigen Entlassung eintraten (vgl. Röhl, a.a.O., S 145f). Die darüber geführte Diskussion kam jedoch 1933 zum Stillstand. Als 1953 das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz das Institut der vorläufigen Entlassung zur bedingten Entlassung nach Verbüßung von zwei Dritteln der erkannten Strafe erweiterte, wurde eine Einbeziehung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht in Erwägung gezogen. Zu jener Zeit und in den Jahren danach wurde vielmehr sogar in der Großen Strafrechtskommission über die Wiedereinführung der Todesstrafe diskutiert (vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 11. Bd., Beratungen zur Todesstrafe). Die Möglichkeit einer bedingten Strafaussetzung bei Lebenslänglichen wurde übergangen (vgl. Röhl, a.a.O., S 148). Demgemäß beließen es die Strafgesetzentwürfe von 1958 bis 1962 bei der Beschränkung der Aussetzung eines Strafrestes auf zeitige Strafen. Zur Begründung heißt es (Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Begründung zu § 79, S 204, BTDrucks IV/650):

Zwar ist in einigen ausländischen Rechten auch die lebenslange Freiheitsstrafe in den Anwendungsbereich einbezogen. Eine solche Lösung widerspricht jedoch den allgemeinen Grundlagen des Entwurfs. Als selbständige Einrichtung des sachlichen Strafrechts empfängt die Möglichkeit vorzeitiger Entlassung ihre Rechtfertigung aus dem Besserungszweck der Strafe. Lebenslängliche Freiheitsstrafen dienen aber ihrer Natur nach nicht diesem Zweck, sondern ausschließlich oder mindestens ganz überwiegend dem Ausgleich der Schuld, die der Täter auf sich geladen hat. Ihr Vollzug hat nicht den Sinn der Vorbereitung auf ein späteres Leben in der Freiheit. Die Frage, ob eine solche Strafe im Einzelfall abzukürzen ist, bestimmt sich deshalb nicht nach kriminalpolitischen, der gerichtlichen Prüfung zugänglichen Gesichtspunkten, sondern allein nach Überlegungen, die auch sonst der gnadenrechtlichen Beurteilung vorbehalten sind.

Erst 1965 wurde die Frage von Ullrich (Das Schicksal der Lebenslänglichen, MschrKrim 1965, S 257 (265)) wieder aufgegriffen. Danach kam das Problem, ob die bedingte Entlassung bei Lebenslänglichen eingeführt oder allein die Begnadigung beibehalten werden sollte, in den Sonderausschüssen "Strafrecht" und "Strafrechtsreform" des Vierten und Fünften Deutschen Bundestages wiederholt zur Sprache. Der Sonderausschuß übernahm die Begründung des E 1962 zwar nicht; auf eine gesetzliche Regelung verzichtete er jedoch ebenfalls. Er hielt es aber grundsätzlich für erwünscht, die Entlassung Lebenslänglicher zu regeln, um so dem Verurteilten eine reale Hoffnung zu geben und seine Kräfte für eine mögliche Wiedereingliederung in die Gemeinschaft zu reaktivieren. Trotz allem ist der Sonderausschuß dann jedoch für eine ausschließliche Zuständigkeit der Gnadeninstanzen eingetreten, weil man es so relativ kurze Zeit nach Abschaffung der Todesstrafe der Öffentlichkeit noch nicht zumuten könne, sozusagen von Gesetzes wegen festzustellen, daß lebenslang doch nicht lebenslang sei (Deutscher Bundestag, 5. WP, Sonderausschuß für die Strafrechtsreform, Protokolle Bd. 2, S 2019). Beide Ausschüsse hielten daher mit dem Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 daran fest, daß eine Aussetzung des Strafrestes nur bei zeitigen Freiheitsstrafen zugelassen werden sollte (a.a.O.).

Als sich die Konferenz der Justizminister im Jahre 1968 dafür aussprach, daß eine Regelung gefunden werden müsse, die es gestatte, den zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten nach angemessener Zeit die Rückkehr ins Leben zu ermöglichen (a.a.O., S 2593), schien es zunächst, als wollte der Sonderausschuß seine Stellungnahme gegen eine gesetzliche Regelung revidieren. Hierzu trug insbesondere ein im Sonderausschuß vorgetragener Bericht eines Vertreters des Bundesjustizministeriums bei (a.a.O.). Abweichend von seiner früheren Entscheidung beschloß der Ausschuß, diese Frage nach einer Stellungnahme der einzelnen Fraktionen Anfang 1969 erneut zu erörtern (a.a.O., S 2599). Letztlich hielt er dann aber doch an seiner ursprünglichen Entscheidung fest und lehnte eine gesetzliche Normierung ab.

Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer sah in § 48 Abs. 2 Satz 2 die bedingte Entlassung aus einer lebenslangen Freiheitsstrafe frühestens nach fünfzehn Jahren vor. Auch die Strafvollzugskommission hat sich in ihren Empfehlungen zum Thema "Strafaussetzung zur Bewährung" mit der Frage der lebenslangen Freiheitsstrafe beschäftigt und folgende Empfehlung beschlossen (Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd. 1, 1967, S 150):

4. Die Kommission schlägt vor, auch für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte, sofern die lebenslange Freiheitsstrafe im Gesetz beibehalten werden sollte, unbe-

schadet einer etwaigen Gnadenentscheidung eine bedingte Entlassung mit folgender Maßgabe einzuführen:

a) Die Frage einer bedingten Entlassung ist erstmalig zu prüfen, wenn 20 Jahre der Strafe verbüßt sind;

b) ...

Das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969 (BGBl I S 717) und das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl I S 469), die u.a. eine vollständige Neufassung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs und eine umfangreiche Neugestaltung des Instituts der bedingten Strafaussetzung mit der Einführung des Vollstreckungsgerichts brachten, haben eine bedingte Strafaussetzung für Lebenslängliche nicht vorgesehen. § 57 StGB gilt vielmehr nur für die Aussetzung zeitiger Freiheitsstrafen (vgl. Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, § 57 Rdn 2).

Eine grundsätzlich neue Tendenz wurde erst 1974 im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Fünfzehntes Strafrechtsänderungsgesetz erkennbar. Dieser Entwurf sieht vor, daß die Strafvollstreckung bei lebenslang Verurteilten mit ihrer Einwilligung zur Bewährung ausgesetzt werden kann, wenn ein angemessener Teil der Strafe verbüßt ist - der Entwurf denkt an eine Zeit nicht unter 12 bis 15 Jahren - und verantwortet werden kann zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen werde. Über die Entlassung soll von unabhängigen Strafvollstreckungskammern entschieden werden. Über Rechtsmittel sollen offenbar die Oberlandesgerichte entscheiden. In den Vorbemerkungen des Entwurfs heißt es, daß er unter bestimmten Voraussetzungen die Aussetzung der weiteren Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglichen wolle. Die lebenslange Freiheitsstrafe sei die schwerste Strafe des geltenden Rechts und solle auch weiterhin erhalten bleiben, weil sie zum Schutz der Allgemeinheit vor schwersten Straftaten erforderlich sei. Solange der Schutz der Allgemeinheit diese Strafe erfordere, müsse sie nicht nur verhängt, sondern auch vollzogen werden. Die Erfahrungen hätten jedoch gezeigt, daß es jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Gesellschaft keineswegs in allen Fällen erforderlich sei, die verhängte Strafe auch bis zum Lebensende zu vollziehen. Bei den vornehmlich in Frage kommenden Mordtaten handele es sich in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen um situationsbedingte Taten und auch um Täterpersönlichkeiten, bei denen keine ernstliche Rückfallgefahr bestehe. In derartigen Fällen einer günstigen Sozialprognose sei der lebenslange Vollzug der Strafe kriminalpolitisch kaum zu rechtfertigen.

Auch die Erfahrung, daß ein lange andauernder Freiheitsentzug eine außerordentliche psychische und physische Belastung bedeute und zu erheblichen Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsstruktur des Gefangenen führen könne, spreche dafür, jedenfalls die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung einzuführen. Zudem sei ein sinnvoller Strafvollzug nicht möglich, wenn von vornherein jegliche Aussicht auf eine Rückkehr des Gefangenen in die Freiheit versperrt wäre. Im Übrigen sei schon bisher keineswegs regelmäßig jeder Verurteilte auch bis zum Lebensende im Strafvollzug verblieben. Die individuelle und fallbezogen getroffene Gnadenentscheidung könne das Problem jedoch nicht zufriedenstellend lösen. Die Chefs der Staatskanzleien und Senatskanzleien der Bundesländer hätten in ihrer Entschlie- ßung vom 16. März 1972 mit Recht darauf hingewiesen, daß es nicht Sache der Gnadenbe- hörden sein könne, das geltende Recht durch eine einheitliche Gnadenpraxis zu korrigieren.

Nach alledem kann nicht von einem Bruch mit dem Schuldgrundsatz gesprochen werden, weil dieser bereits bisher die Möglichkeit einer vorzeitigen bedingten Entlassung mitein- schloß. Vielmehr ist der in der Strafvollzugskommission vertretenen Ansicht beizupflichten (vgl. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Bd. 1, 1967, S 21), daß auch eine dog- matisch vielleicht inkonsequent erscheinende Regelung kriminalpolitisch richtig sein könne. Im Übrigen hat Professor M. bei seiner Anhörung darauf hingewiesen, daß die sogenannte Aussetzungslösung Strafrecht und Strafvollzugsrecht wieder in Einklang bringe. Denn dann komme bereits im Strafgesetzbuch zum Ausdruck, daß lebenslange Freiheitsstrafen von Rechts wegen keineswegs restlos vollstreckt werden müßten. Die oben erwähnten Vorschrif- ten des Strafvollzugsgesetzes, die auf die Resozialisierung des Straffälligen abzielten, erhiel- ten nunmehr auch im Hinblick auf den zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten ihren Sinn.

Eine andere Frage ist es, ob die vorzeitige Entlassung ausschließlich an einer günstigen Sozialprognose und einer gewissen Mindestverbüßungszeit orientiert werden sollte. Diese Zweifel am bisher vorliegenden Referentenentwurf sprechen aber nicht entscheidend gegen eine gesetzliche Regelung, weil auch bei der Entlassung Lebenslänglicher neben der Sozial- prognose andere Kriterien für die Entlassung gesetzlich geregelt werden könnten. Es wäre beispielsweise daran zu denken, bei der Festlegung des Entlassungszeitpunkts auch den Unrechtsgehalt und Schuldgehalt der zugrunde liegenden Mordtat zu berücksichtigen. Eine derartige Differenzierungsmöglichkeit könnte dem besonderen Charakter des jeweiligen Ein- zelfalls gerecht werden. Es ist Aufgabe des Strafgesetzgebers, hier eine sinnvolle Regelung zu finden.

Ein wesentliches Bedenken könnte allerdings die etwaige Verminderung der Abschreckungswirkung sein. Insoweit haben aber Dreher (a.a.O., S 339) und in der mündlichen Verhandlung M. darauf hingewiesen, daß die derzeitige Begnadigungspraxis in der Bevölkerung bereits zu der weitverbreiteten Auffassung geführt habe, die lebenslange Freiheitsstrafe sei eben doch nur dem Namen nach, nicht aber in der Wirklichkeit lebenslänglich. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die im Strafvollzug gebräuchliche Redensart: "Lebenslänglich ist auch vergänglich". Angesichts dieser bereits weitverbreiteten Einstellung würde eine gesetzliche Regelung sich nicht als schwerwiegende zusätzliche Beeinträchtigung des Rechtsgefühls und Sicherheitsgefühls der Bevölkerung auswirken. Es hätte die gesetzliche Regelung daher weniger eine "Erosion der Strafe" zur Folge als eine offene Fixierung des bereits weitgehend bestehenden tatsächlichen Zustandes.

Schließlich können auch Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung der bedingten Entlassung nicht entscheidend ins Gewicht fallen; diese Schwierigkeiten ergeben sich in gleicher Weise bei der bedingten Aussetzung durch Gnadenerweis.

5. Aus den dargelegten Erwägungen folgt die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, eine entsprechende gesetzliche Regelung einzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebührt dem Gesetzgeber bei in der Entwicklung begriffenen Komplexen, zu denen die Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe und ihres Vollzugs gehört, eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen. Mängel einer Regelung geben erst dann Anlaß zum verfassungsgerichtlichen Eingreifen, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und Verbesserung trotz ausreichender Erfahrungen für eine sachgerechtere Lösung unterläßt (vgl. BVerfGE 43, 291 (321)). Dieser Spielraum muß dem Gesetzgeber auch hier eingeräumt werden.

IV.

Wenn der Gesetzgeber die lebenslange Freiheitsstrafe als eine notwendige und angemessene Sanktion für schwerste Tötungsdelikte ansieht, so verstößt dies nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot des sinnvollen und maßvollen Strafens (vgl. BVerfGE 28, 386 (391)).

1. Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befaßt, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiede-

nen Straftheorien auseinanderzusetzen; denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (vgl. BTDrucks V/4094, S 4f; Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, Anm. 3 und 4 zu § 46 StGB; Lackner, § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin-New York, 1973, S 117, 121, 136). Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet (vgl. BVerfGE 32, 98 (109); 28, 264 (278)).

2. Das vorlegende Gericht führt aus, die lebenslange Freiheitsstrafe sei nach den vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Strafzwecken nicht gerechtfertigt. Sie habe nicht die vom Gesetzgeber angenommene Abschreckungswirkung, sei als Sicherung gegen mögliche Rückfalltäter in den meisten Fällen überflüssig und widerspreche dem verfassungsrechtlich fundierten Anspruch auf Resozialisierung. Auch zur Sühne und Vergeltung sei die lebenslange Freiheitsstrafe nicht geeignet.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Eine Prüfung am Maßstab der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten und im wesentlichen der herrschenden Vereinigungstheorie entsprechenden Strafzwecke ergibt vielmehr, daß die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerste Tötungsdelikte zum Schutz des menschlichen Lebens als eines überragenden Rechtsguts eine wichtige Funktion erfüllt, den heute im Volke lebenden Wertvorstellungen entspricht und gleichzeitig ein bewußtseinsbildendes Unwertsurteil verdeutlicht. Diese Sanktion steht einer späteren Resozialisierung nicht rückfallgefährdeter Mörder keineswegs entgegen und entspricht der Schuldausgleichsfunktion und Sühnefunktion der Stra-

fe. Insgesamt gesehen ist daher die lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord keine sinnlose Strafe.

a) Wenn es oberstes Ziel des Strafens ist, die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen ("allgemeine Generalprävention"), so muß bei der hier erforderlichen Gesamtbetrachtung zunächst von dem Wert des verletzten Rechtsguts und dem Maß der Sozialschädlichkeit der Verletzungshandlung - auch im Vergleich mit anderen unter Strafe gestellten Handlungen - ausgegangen werden. Das Leben jedes einzelnen Menschen gehört zu den höchsten Rechtsgütern. Die Pflicht des Staates, es zu schützen, ergibt sich bereits unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Sie folgt darüber hinaus aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. Wenn der Gesetzgeber für besonders verwerfliche Verletzungen dieses höchsten Rechtsguts, die mit dem überkommenen Begriff "Mord" umschrieben werden, die schärfste ihm zu Gebote stehende Sanktion verhängt, so kann dies - jedenfalls im Ansatzpunkt - verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden.

Allerdings wird die generalpräventive Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord sehr verschieden beurteilt (vgl. Röhl, a.a.O., S 201ff). Dabei ist, wie die Sachverständigen in Übereinstimmung mit dem einschlägigen kriminologischen und strafrechtlichen Schrifttum dargelegt haben, zwischen den negativen und positiven Aspekten der Generalprävention zu unterscheiden.

aa) Die negativen Gesichtspunkte lassen sich herkömmlicherweise mit dem Begriff der Abschreckung anderer umschreiben, die in Gefahr sind, ähnliche Straftaten zu begehen ("spezielle Generalprävention" - vgl. BGHSt 24, 40 (44)). Hierzu haben sich die Sachverständigen übereinstimmend dahin geäußert, daß eine abschreckende Wirkung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord für den potentiellen Täterkreis nicht festgestellt werden könne. Allerdings fehlt es hierzu weitgehend an besonderen Studien. Auch die allgemeinen empirischen Untersuchungen zur Abschreckungsproblematik sind, wie in der mündlichen Verhandlung dargelegt wurde, hinsichtlich ihrer methodischen Zuverlässigkeit, Verallgemeinerungsfähigkeit und damit Aussagefähigkeit mit Vorbehalten zu versehen.

Sicherlich handelt ein großer Teil der Mörder aus einer Konfliktsituation heraus. Jedoch wird man allein daraus noch nicht herleiten können, daß die Strafdrohung in diesen Fällen wirkungslos sei. Denn auch der Konflikttäter entscheidet sich nicht notwendigerweise kopflos, unüberlegt oder leichtfertig, die bestehenden Schwierigkeiten durch einen Mord zu beheben.

Auch dieser Täter wird vielmehr verschiedene Möglichkeiten zur Auflösung der Konfliktsituation in Betracht ziehen und erst dann zum Mordplan kommen, wenn er keinen anderen Ausweg mehr sieht. Gerade in dieser Phase, in der der potentielle Mörder einen Ausweg aus seiner Situation sucht, kann die im allgemeinen Bewußtsein lebendige Bewertung des menschlichen Lebens und mithin die Bewertung des Mordes (vgl. unten b) ihn von der Tat abhalten. Auch unmittelbar kann sich die lebenslange Freiheitsstrafe dahin auswirken, daß er, um diese Strafe zu vermeiden, nach anderen Lösungen sucht. Anders liegen die Dinge allerdings beim Triebtäter und Affekttäter, bei dem in aller Regel keine derartige Abwägung und Suche nach einem Ausweg stattfindet. Auch insoweit wird man aber, worauf die angehörten Strafrechtspraktiker hingewiesen haben, nicht von vornherein die völlige Wirkungslosigkeit der Strafdrohung voraussetzen können.

bb) Der positive Aspekt der Generalprävention wird gemeinhin in der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestandskraft und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung gesehen (vgl. BGHSt 24, 40 (46); 24, 64 (66); BGH GA 1976, 113 (114)). Es gehört zu den Aufgaben der Strafe, das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen, um die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken. Zwar gibt es auch hierzu bisher keine fundierten Effizienzuntersuchungen. Wahrscheinlich lassen sich bei der schwersten Tötungskriminalität verbrechensmindernde Wirkungen aus einer bestimmten Strafandrohung oder Strafpraxis überhaupt nicht meßbar nachweisen. Hingegen gibt es hinreichend sichere Anhaltspunkte dafür, daß die Androhung und Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe für den Rang von Bedeutung sind, den das allgemeine Rechtsbewußtsein dem menschlichen Leben beimißt.

In der Höhe der angedrohten Strafe bringt der Gesetzgeber sein Unwerturteil über die mit Strafe bedrohte Tat zum Ausdruck. Durch dieses Unwerturteil trägt er wesentlich zur Bewußtseinsbildung in der Bevölkerung bei. Gerade eine so schwerwiegende Strafe wie die lebenslange Freiheitsstrafe ist besonders geeignet, im Bewußtsein der Bevölkerung die Erkenntnis zu festigen, daß das menschliche Leben ein besonders wertvolles und unersetzliches Rechtsgut ist, das besonderen Schutz und allgemeine Achtung und Anerkennung verdient. Durch die Bildung dieses Bewußtseins wird in der Bevölkerung ganz allgemein die Hemmung erhöht, menschliches Leben zu gefährden, insbesondere aber vorsätzlich zu vernichten.

Aus diesem Grunde geht der Einwand fehl, daß die lebenslange Freiheitsstrafe für die Zwecke der Generalprävention nicht notwendig sei. Zwar läßt sich darauf hinweisen, daß auch zu der Zeit, als die Todesstrafe noch zulässig war, Morde begangen wurden, und daß sich in den Ländern, die eine lebenslange Freiheitsstrafe nicht mehr kennen, keine deutliche Steigerung der Kapitalverbrechen ergeben hat. Es ist jedoch eine nach dem gegenwärtigen Stand der kriminologischen Forschung offene Frage, ob auch eine 30jährige oder 25jährige oder gar nur 20jährige Freiheitsstrafe eine ausreichende generalpräventive Wirkung zu erzielen vermöchte. Bei dieser Sachlage hält sich der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, wenn er sich nicht nur auf die negativen Gesichtspunkte der Generalprävention (vgl. oben aa) beschränkt, sondern auch den dargelegten Wirkungen der lebenslangen Freiheitsstrafe für das allgemeine Rechtsbewußtsein Bedeutung beimißt, die von der Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht ausgehen würden.

b) Der Strafzweck der negativen Spezialprävention durch Sicherung vor dem einzelnen Täter kann durch dessen Verwahrung auf Lebenszeit vollkommen erreicht werden. Ob aber der lebenslange Vollzug der Freiheitsstrafe aus Sicherheitsgründen auch notwendig ist, hängt von der Rückfallgefahr ab. Sie ist, wie sich aus der Umfrage bei den Ländern ergibt, bei Mördern gering (etwa 5%), während die übliche Rückfallhäufigkeit 50 bis 80% beträgt. Dieser Umstand läßt die vom Landgericht angestellte Erwägung begründet erscheinen, daß der Sicherungszweck allein die ausnahmslose Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord nicht rechtfertigt.

Durch die regelmäßige Verurteilung aller Mörder zu lebenslanger Freiheitsstrafe wird aber immerhin erreicht, daß die Höhe der Strafe und damit die Dauer der Inhaftierung des Mörders nicht von vornherein von dem Ergebnis einer außerordentlich schwierigen und oft auch sehr unsicheren langfristigen Kriminalprognose abhängt. Andernfalls wäre die Gefahr größer, daß gefährliche Gewalttäter aufgrund einer unzutreffenden Prognose nach Verbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe wieder auf freien Fuß gelangen. Es ist zwar nicht zu übersehen, daß durch die geltende Regelung auch diejenigen Mörder zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt werden, die nach Verbüßung einer gewissen Strafzeit ohne Gefahr für die Allgemeinheit in die Freiheit entlassen werden können. Dies kann jedoch durch die oben dargestellte Entlassungspraxis korrigiert werden.

c) Die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe widerspricht bei Berücksichtigung der bisherigen Gnadenpraxis und der gebotenen Verrechtlichung des Strafaussetzungsverfahrens nicht dem verfassungsrechtlich fundierten Resozialisierungsgedanken (positive Spezi-

alprävention). Der zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte Mörder hat grundsätzlich die Chance, nach Verbüßung einer gewissen Strafzeit wieder in die Freiheit zu gelangen. Auch für ihn wirkt sich das im Strafvollzugsgesetz gesicherte Resozialisierungsziel positiv aus. Dadurch wird sichergestellt, daß er bei einer späteren Entlassung noch lebensüchtig und wieder eingliederungsfähig ist. Lediglich bei Tätern, die für die Allgemeinheit gefährlich bleiben, kann das Resozialisierungsziel des Strafvollzugs nicht zum Tragen kommen. Das be- ruht aber nicht auf der Verurteilung zu lebenslanger Strafe, sondern auf den besonderen persönlichen Verhältnissen des betreffenden Verurteilten, die eine erfolgversprechende Re- sozialisierung auf Dauer ausschließen.

d) Was schließlich die Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Sühne betrifft, so ent- spricht es dem bestehenden System der Strafsanktionen, daß der Mord wegen seines ext- remen Unrechtsgehalts und Schuldgehalts auch mit einer außergewöhnlich hohen Strafe geahndet wird. Diese Strafe steht ferner mit der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung im Einklang. Folgerichtig hat der Gesetzgeber für die Vernichtung menschlichen Lebens in der besonders verwerflichen Form des Mordes die höchste ihm zur Verfügung stehende Strafe angedroht.

Die Sühnefunktion der Strafe ist zwar in einer Zeit, in der der Gedanke der "defense sociale" immer mehr in den Vordergrund gestellt wird, lebhaft umstritten. Hält der Gesetzgeber die Sühne weiterhin für einen legitimen Strafzweck, so kann er sich davon leiten lassen, daß der Straftäter mit der Vernichtung eines menschlichen Lebens durch Mord schwerste Schuld auf sich geladen hat und seine Wiedereingliederung in die Rechtsgemeinschaft eine Schuldver- arbeitung voraussetzt, die auch durch eine sehr lange Freiheitsstrafe mit der Chance vorzei- tiger Entlassung ermöglicht wird.

Die Hinweise auf eine angeblich anders verlaufende Entwicklung im Ausland führen nicht weiter. In den meisten Ländern, welche die Todesstrafe abgeschafft haben, ist nach wie vor die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerste Verbrechen angedroht. Der italie- nische Verfassungsgerichtshof hat in einer Entscheidung vom 7./22. November 1974 (Nr. 264 - Racc Uff Vol XLII (1974), S 353) ihre Vereinbarkeit mit Art. 27 Abs. 3 der italienischen Verfassung ausdrücklich bestätigt. Zweck und Ziel der Strafe sei nicht allein die Wiederein- gliederung des Täters. Abschreckung, Prävention und sozialer Schutz seien - in nicht minde- rem Umfang als Besserung - zulässige Begründungen für eine Strafe.

V.

1. Nach dem Schuldgrundsatz, der aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG (Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, müssen Tatbestand und Rechtsfolge - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (286); 27, 18 (29)). Die angedrohte Strafe hat daher in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters zu stehen; die verhängte Strafe darf die Schuld des Täters nicht übersteigen. Wo die Tat verschiedene Grade des Verschuldens und der Schwere aufweisen kann, muß dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit gelassen werden, die Strafe dem anzupassen (vgl. BayVerfGH nF 3, 109 (114); ebenso Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S 32; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960, S 13). Ein gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoßendes Strafgesetz könnte nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein (BVerfGE 6, 389 (439)).

2. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, ob es mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist, für jeden Fall der heimtückischen Tötung und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ausschließlich die lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen. Diese Frage ist vor allem auch deshalb aufzuwerfen, weil der Gesetzgeber mit Ausnahme des Mordes (§ 211 StGB) und des Völkermordes (§ 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB) regelmäßig einen Strafraum eröffnet, innerhalb dessen das erkennende Gericht am Maßstab der in § 46 StGB genannten Strafzumessungsgründe die im konkreten Einzelfall angemessene Strafe zu ermitteln hat. Das vorliegende Gericht fordert auch bei der Strafandrohung für Mord einen Strafraum, der es dem Richter ermögliche, im Einzelfall die Strafe dem Unwertgehalt der Tat und der Schuld des Täters anzupassen, damit er nicht gezwungen sei, eine ihm unangemessen hoch erscheinende Strafe zu verhängen (vgl. hierzu auch Sarstedt, Verh. des 41. DJT (1955), Bd. II, D 43).

Hierbei muß allerdings berücksichtigt werden, daß die absolute Strafdrohung einen Beitrag zur Rechtssicherheit und gleichmäßigen Bestrafung der Straftäter darstellt. Erfahrungsgemäß weichen die Strafmaße auch bei ähnlichen Voraussetzungen von Gericht zu Gericht nicht unerheblich voneinander ab. Der Richter ist im Allgemeinen milder als der Gesetzgeber und neigt bisweilen dazu, der schwersten Strafe auch in den Fällen möglichst auszuweichen, in denen sie der Gesetzgeber angewandt wissen wollte. Diese Neigung ist umso größer, je

höher die gesetzliche Mindeststrafe ist (vgl. Röhl, a.a.O., S 187). Gerade bei einem so schwerwiegenden Verbrechen wie dem Mord ist es ein durch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit gerechtfertigtes Anliegen auf eine möglichst gleichmäßige Strafpraxis hinzuwirken. Freilich ist einzuräumen, daß die Anwendung einer starren Strafandrohung schon wegen des darin liegenden Schematismus im Einzelfall zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Die absolute Androhung einer so schweren Strafe ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offenbleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer Strafe zu kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Das ist jedoch - wie die mündliche Verhandlung ergeben hat - unter Berücksichtigung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches und im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken", möglich.

a) In der Rechtswirklichkeit ist die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe in den Fällen des § 211 Abs. 2 StGB weniger absolut, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Der Gesetzgeber hat zunächst schon durch allgemeine strafrechtliche Vorschriften Möglichkeiten eröffnet, besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat Rechnung zu tragen. Zu nennen sind hier die §§ 20 und 21 StGB, die eine Bestrafung bei Schuldunfähigkeit ausschließen und eine mildere Bestrafung bei verminderter Schuldfähigkeit vorsehen; ferner die in § 23 Abs. 2 in Verbindung mit § 49 StGB vorgesehene Strafmilderung bei versuchtem Mord und gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB für den Gehilfen sowie schließlich die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes, insbesondere § 106 Abs. 1 JGG.

Besondere Bedeutung kommt hier der Strafmilderungsmöglichkeit wegen verminderter Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB namentlich bei Konflikttätern zu (vgl. z. B. BGHSt 8, 124). Der Bundesgerichtshof hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 57, 76; 73, 121) zu § 51 StGB aF einen "juristischen Krankheitsbegriff" entwickelt, der in der Entscheidung BGHSt 14, 30 (32) des näheren umschrieben und der ständigen Rechtsprechung zugrunde gelegt wird. Danach fallen unter den in jener Bestimmung verwendeten Begriff der "krankhaften Störung der Geistestätigkeit" nicht nur Geisteskrankheiten im klinisch-psychiatrischen Sinne, sondern "alle Arten von Störungen der Verstandestätigkeit sowie des Willenslebens, Gefühlslebens und Trieblebens, welche die bei einem normalen und geistig reifen Menschen vorhandenen, zur Willensbildung befähigenden Vorstellungen und Triebe beeinträchtigen" (hierzu zählt auch abartige geschlechtliche Triebhaftigkeit - vgl BGHSt 23, 176). § 20 StGB nF bezeichnet die seelischen Störungen zwar anders als § 51 aF; die

Rechtsprechung ist jedoch im Wesentlichen unverändert geblieben. Wie Kreuzer (ZRP 1977, S 50 (51)) berichtet, galt 1974 jeder dritte wegen eines Morddelikts verurteilte Erwachsene als vermindert schuldfähig.

b) Die Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" sind in der Rechtsprechung schon bislang einschränkend ausgelegt worden.

aa) In weitgehender Übereinstimmung mit der Literatur wird unter dem Begriff "Heimtücke" - was die äußere Tatseite betrifft - das Ausnutzen der Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Opfers verstanden.

RGSt 77, 41 (44); BGHSt 2, 60 (61); 3, 183 (185); 6, 120 (121); (GrS) 9, 385 (389); (GrS) 11, 139 (143); 23, 119 (120); siehe auch Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, § 211 StGB, Rdn 6; Lackner, StGB 10. Aufl. 1976, § 211, Anm. 7a; ebenso Lange, in: Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1974, § 211 StGB, Rdn 10, der daneben allerdings die Heimtücke auch als ein "bewußt den offenen Kampf scheuendes, ... auf Täuschung berechnetes Verhalten" definiert, durch das "die Verteidigung des Angegriffenen vereitelt oder erschwert wird"; abweichend Eser, in: Schönke-Schröder, StGB, 18. Aufl. 1976, § 211, Rdn 14, der das Merkmal Heimtücke nur dann als gegeben ansieht, wenn "durch die Ausnutzung der Arglosigkeit ein Zustand erhöhter Wehrlosigkeit geschaffen worden ist".

Daß nicht das Ausnutzen der Arglosigkeit oder Wehrlosigkeit (so noch OGHSt 1, 87 (90)) für die Annahme eines heimtückischen Handelns ausreicht, sondern stets beide Voraussetzungen (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit) vorliegen müssen, hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHSt 19, 321 (322) ausdrücklich klargestellt.

Der Straftatbestand wird weiterhin dadurch eingengt, daß die Arglosigkeit nur gegenüber einem Menschen ausgenutzt werden kann, der selbst oder mit Hilfe Dritter dem Angriff auf sein Leben entgegentreten könnte, falls er oder ein schutzbereiter Dritter nicht durch das Verhalten des Täters in Sicherheit gewiegt worden wäre (BGHSt 4, 11 (12f); 8, 216 (218f)); vgl. auch OGHSt 1, 87 (90); 2, 173 (178)).

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite verlangt die Rechtsprechung, daß der Täter die Umstände, auf denen das Ausnutzen der Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Opfers beruht, nicht nur kennt, sondern sich darüber hinaus auch ihrer Bedeutung für die Arglosigkeit und

Wehrlosigkeit des Opfers und für die Tatausführung bewusst ist (BGHSt 6, 120 (121f); 11, 139 (144)). Diese Voraussetzung kann im Einzelfall fehlen, etwa wenn der Täter durch eine starke Erregung daran gehindert ist, die Tatsachen, die die Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Angegriffenen ausmachen, zu erkennen und sich ihrer Bedeutung bewußt zu werden (BGHSt 11, 139 (144)).

Eine einschneidende Einschränkung des Tatbestandsmerkmals "Heimtücke" liegt ferner darin, daß der Angriff des Täters zusätzlich zu dem Ausnutzen der Arglosigkeit und Wehrlosigkeit auch von einer feindlichen Willensrichtung gegen das Opfer getragen werden muß (BGHSt 9, 385 (390); 11, 139 (143)). Danach handelt etwa der Selbstmörder nicht heimtückisch, der seine arglosen und wehrlosen Familienangehörigen mit in den Tod nehmen will, um ihnen vermeintliche Entehrung und wirtschaftliche Not zu ersparen (BGHSt 9, 385)). Auch der Arzt, der dem Todkranken eine tödliche Überdosis eines Medikaments gibt, um ihn von seinen Qualen zu erlösen, handelt nicht heimtückisch im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB (Lange, in: Leipziger Kommentar, 9. Aufl., § 211 StGB, Rdn 10). Das vom vorlegenden Gericht zur Stützung seiner Ansicht, das Begriffsmerkmal "Heimtücke" sei zur Abgrenzung der Straftatbestände von Mord und Totschlag nicht geeignet, herangezogene Beispiel (Arzt leistet Todkrankem Sterbehilfe) ist daher nicht einschlägig.

In einer späteren Entscheidung (BGHSt 20, 301 (302)) hat der Bundesgerichtshof das Merkmal der Heimtücke noch weiter eingeschränkt, indem er verlangt, daß die feindselige Haltung des Täters heimlich sein muß. Tritt der Täter seinem Opfer jedoch in offen feindseliger Haltung entgegen, so tötet er, auch wenn das Opfer nicht mit einem Angriff auf sein Leben rechnet, nicht heimtückisch, es sei denn, er lockt das Opfer nach einem wohlüberlegten Plan mit Tötungsvorsatz in einen Hinterhalt und schafft dadurch eine bis zur Tatausführung fortwirkende günstige Gelegenheit zur Tötung (BGHSt 22, 77 (79)).

bb) Bei dem Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht geht der Gesetzgeber davon aus, daß der vom Täter verfolgte Zweck besonders mißbilligenswert sei. Als typische Beispiele seien genannt: Tötung des Tatzeugen, um unentdeckt zu bleiben; Tötung des verfolgenden Polizeibeamten, um unerkannt zu entkommen (BGHSt 11, 268; 15, 291); Tötung des Tatopfers, damit nicht durch dessen Schreie Dritte aufmerksam werden.

Als Taten, die verdeckt werden sollen, kommen nach der Aufhebung der Übertretungstatbestände nur Verbrechen und Vergehen in Betracht. Bei der verdeckten Tat braucht es sich

jedoch nicht um eine eigene Tat des Mörders zu handeln, es genügt die Verdeckung einer fremden Tat (BGHSt 9, 180).

Der Täter muß ferner gehandelt haben, um eine andere Tat zu verdecken. Die Tötung muß dem Täter dabei als Mittel dienen, die andere Straftat zu verdecken, und darf nicht nur die Folgen eines anderen Mittels sein. Die Verdeckungsabsicht fehlt daher, wenn sich der Täter lediglich vor seinen Verfolgern in Sicherheit bringen will. So ist Unfallflucht für sich allein keine Verdeckungshandlung; wenn der Tod des Unfallopfers dabei lediglich als Folge vorausgesehen und gebilligt wird, erfüllt sie den Tatbestand des § 211 StGB nicht (BGHSt 7, 287).

Die Tötung, die eine andere Straftat verdecken soll, beruht auf einer Konfliktsituation des Täters. Eine mildere Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der straffreien Selbstbegünstigung könnte hier naheliegen. Auf der anderen Seite ist jedoch zu bedenken, daß aus dem Verhalten des Täters nicht nur eine besonders niedrige Gesinnung erkennbar wird, sondern auch eine hohe Gefährlichkeit. Die Tat wird dadurch charakterisiert, daß die Tötung eines Menschen als Mittel eingesetzt wird, die Aufklärung einer Straftat zu verhindern oder die Beute der Straftat zu erhalten, d.h. also zur Erreichung eines Zieles, das die Rechtsordnung an sich schon mißbilligt. Der Täter zeigt in einem solchen Verhalten eine besonders verwerfliche Gesinnung. Er schreckt nicht davor zurück, auch Menschenleben zu opfern, sofern sie ihm bei der Durchsetzung seiner kriminellen Ziele im Wege stehen. Der mit der Tat verfolgte Zweck ist der Umstand, der die Tat von den üblichen Fällen des Totschlags abhebt und eine härtere Bestrafung nach der Mordvorschrift rechtfertigt. An der Einstellung dieser Täter zeigt sich ein besonderes Übermaß egoistischer Bestrebungen. Zudem sind derartige Täter wegen ihrer kriminellen Energie überdurchschnittlich gefährlich. Das gilt umso mehr, wenn es sich bei der zu verdeckenden Tat um ein verhältnismäßig geringfügiges Delikt handelt (vgl. BGHSt 15, 291). Denn in diesen Fällen wird die Mißachtung des menschlichen Lebens bei der Verfolgung eigener Interessen besonders deutlich.

c) Die Anwendung der so interpretierten Norm des § 211 StGB mag zwar in einzelnen Grenzfällen immer noch zu unverhältnismäßigen Härten führen. Der Senat ist allerdings der Meinung, daß dies für die im Vorlagebeschluß festgestellte Tötungshandlung nicht zutrifft. Es mögen aber immerhin noch Fälle erfaßt werden, denen nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen läßt.

Im Gegensatz zur überwiegenden Auffassung im Schrifttum und zu einer früheren Rechtsprechung (vgl. Eser, a.a.O, § 211 Rdn 6; Lange, aaO, § 211 Rdn 3 und das dort weiter angeführte Schrifttum; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S 284; Eb. Schmidt, DRZ 1949, S 241 (245); Jescheck, JZ 1957, S 386ff) hat der Bundesgerichtshof (BGHSt 9, 385 (389); 11, 139 (143) - jeweils Großer Senat für Strafsachen) eine zusätzliche Prüfung, ob die Gesamtwürdigung der Tat, insbesondere die Gesinnung des Täters, eine "besondere Verwerflichkeit" ergebe, nicht zugelassen. Der Bundesgerichtshof hält ein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für untauglich, weil es die klare Abgrenzung des Mordtatbestands und damit den besonderen Rechtsschutz gefährde, den die staatliche Gemeinschaft dem Leben ihrer Glieder als ihrem höchsten Rechtsgut schulde.

Damit bleibe, so wird dem entgegengehalten, ein zu weit geratener Mordtatbestand übrig (vgl. Riess, NJW 1968, S 628). Als Beispiele hierfür werden u.a. angeführt, daß Mord angenommen werde, auch wenn eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung, die in schweren, dem Täter vom Opfer zugefügten Kränkungen ihre Ursache gehabt habe, den Täter zur Tat getrieben habe (BGHSt 11, 139) oder wenn der Täter sich während oder sofort nach Vollendung der strafbaren Handlung zur Tötung hinreißen lasse, obwohl in einem solchen Fall der Tötungsgedanke den Täter oft urplötzlich überkomme. Bedenklich mag es auch erscheinen, daß der Bundesgerichtshof (BGHSt 8, 216) für die Frage, ob Heimtücke anzunehmen ist, darauf abgestellt hat, ob eine Mutter, die ihr Kind mit einem Schlafmittel tötet, dieses Mittel dem Opfer unvermischt eingibt oder der Nahrung beimengt.

Indessen ist eine solche Auslegung des § 211 StGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht zwingend. Wortlaut und Sinngehalt dieser Bestimmung lassen eine noch engere Auslegung zu, die sicherstellt, daß auch in solchen Grenzfällen keine unverhältnismäßig hohe Strafe verhängt werden muß. Dies haben in der mündlichen Verhandlung die Sachverständigen Dr. J., B. und S. ausführlich dargelegt. Es wird auch durch das oben angeführte Schrifttum bestätigt. Welcher Weg dabei im einzelnen zu beschreiten ist, ist eine Frage der einfachen Gesetzesauslegung und obliegt daher den zuständigen Strafgerichten. Ob die Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" weiter einengend dahin auszulegen sind, daß bei dem ersteren ein verwerflicher Vertrauensbruch verlangt und bei dem letzteren Verdeckungsabsicht nur dann angenommen wird, wenn die Mordtat im Voraus geplant ist, oder ob das generell umschriebene Merkmal "besondere Verwerflichkeit der Tat" wieder eingeführt oder gar eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafandrohung entsprechende Interpretation gefunden wird, darüber zu entscheiden, ist Aufgabe des für die Auslegung der

Strafrechtsnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs. Bei einer derartigen Auslegung, die mit dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB vereinbar ist und der Vorschrift einen vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden Sinn beläßt, ist die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung zu bejahen.

VI.

Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts liegt auch kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

1. Es ist grundsätzlich zunächst Sache des Gesetzgebers darüber zu befinden, wie er den verschiedenen Unrechtsgehalt und Schuldgehalt der Tötungshandlungen bei der Gestaltung der materiellen Strafnormen berücksichtigt. Durch Art. 3 Abs. 1 GG ist er dabei nur insoweit gebunden, als die gewählte Tatbestandsfassung und Strafandrohung durch sachliche Erwägungen hinreichend begründet sein müssen und nicht willkürlich sein dürfen. Welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, daß ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, hat regelmäßig der Gesetzgeber zu entscheiden. Sein Spielraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt.

2. Daß bei Mord eine strengere Bestrafung als bei anderen Tötungshandlungen gerechtfertigt ist, ergibt sich bereits aus den bisherigen Überlegungen. Freilich ist nicht zu verkennen, daß zwischen der Strafandrohung des § 211 Abs. 1 StGB für Mord und der des § 212 Abs. 1 StGB für Totschlag eine erhebliche Lücke klafft. Dort wird lebenslange Freiheitsstrafe absolut angedroht, hier hingegen nur Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren, wobei noch die Strafmilderungsmöglichkeit des § 213 StGB in Betracht kommen kann. Auch wenn man auf die wirklichen Verbüßungszeiten abstellt, ergibt sich ein Sprung von durchschnittlich 20 Jahren zu in der Regel höchstens 10 Jahren. Die Regelung über den Totschlag in besonders schweren Fällen (§ 212 Abs. 2 StGB) mindert die Spanne praktisch nicht, da diese Bestimmung, wie sich aus der Umfrage bei den Ländern ergibt und in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden ist, nur selten angewandt wird. Jedoch heben sich bei der schon im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotenen restriktiven Auslegung (vgl. oben C V) die Mordqualifikation der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht unter dem Gesichtspunkt der Tatschwere und der Täterschuld so wesentlich von den anderen Fällen der vorsätzlichen Tötung ab, daß die großen Unterschiede in den Strafandrohungen gerechtfertigt erscheinen.

Wie oben des näheren ausgeführt worden ist, kann das Mordmerkmal "Heimtücke" so konkretisiert und eingeeengt werden, daß es nur besonders verwerfliche Fälle der Tötung trifft. Wenn gleichwohl während der Arbeiten an der Reform des Strafgesetzbuches Ende der 50er und Anfang der 60er Jahre vorgeschlagen wurde, beim Tatbestand des Mordes auf das Merkmal der Heimtücke zu verzichten, so hatte dies seinen Grund nicht darin, daß die Abgrenzungsfähigkeit dieses Merkmals gegenüber Totschlag in Zweifel gezogen wurde. Vielmehr wären nach der damals vorgeschlagenen Fassung des Mordtatbestandes heimtückische Tötungen ohnehin erfaßt worden. Lediglich der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer enthält in § 100 Abs. 2 die Heimtücke nicht als Mordqualifikation.

Schon von der Typologie her kann ferner kein Zweifel daran bestehen, daß es sich bei der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat um eine schwerwiegende Tat handelt, in der sich eine besonders sozialfeindliche Einstellung des Täters kundtut. Auch der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer rechnet in § 100 Abs. 2 Nr. 5 die Tötung zur Verdeckung einer Straftat zu den besonders schweren Fällen, allerdings mit der Modifikation, daß die Tötung aufgrund eines vor der Straftat gefaßten Entschlusses erfolgen müsse. Soweit sich in einzelnen Fällen Schwierigkeiten bei der Gesetzesauslegung ergeben mögen, sind sie unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG unerheblich.

3. Bei alledem wird nicht verkannt, daß die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag auch nach der Änderung des § 211 StGB durch das Gesetz vom 4. September 1941 problematisch geblieben ist, wie vor allem Professor Dr. A. in der mündlichen Verhandlung umfassend dargestellt hat. Es trifft auch zu, daß § 211 StGB in seiner derzeitigen Fassung auf die überholte Lehre vom normativen Tätertyp zurückgeht. Seine Neufassung war nach Meinung von Maurach (Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1969, S 27f) ein Versuch, um die Reaktion der Rechtsprechung auf diese Lehre zu ergründen. Die Zweiteilung der vorsätzlichen Tötung ist jedoch uralt. Seit jeher wird Mord als die besonders schwere Form vom Totschlag als der gewöhnlichen Form vorsätzlicher Tötung unterschieden. So alt diese Zweiteilung ist, so fließend und wechselnd sind die Formen der Abgrenzung bisher gewesen. Bald (z. B. schon im Mittelalter) wurde - wie im heutigen Recht - auf die besondere Verwerflichkeit und Gefährlichkeit, bald auf das mehr psychologische Merkmal der Überlegung abgestellt (vgl. im einzelnen Maurach, a.a.O., S 19). Die Methode der Abgrenzung hat schon immer große Schwierigkeiten bereitet. Bis heute ist keine voll befriedigende Lösung gefunden worden. Das zeigte sich z. B. darin, daß der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 zu einer Kombination von wenigen bisherigen Merkmalen mit der Überlegung (vgl. die

§§ 134, 135) übergehen wollte, während der Alternativentwurf wieder andere Abgrenzungsmerkmale vorsah. Eine allseits befriedigende Neuregelung zu finden, wird angesichts der Vielfalt der Probleme eine schwierige Aufgabe für den Gesetzgeber sein.

VII.

Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen.

Dabei kommt es nicht darauf an, was unter "Antasten des Wesensgehalts" eines Grundrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG zu verstehen ist (vgl. BVerfGE 2, 266 (285); 22, 180 (219f); 27, 344 (350ff)). Vielmehr ist hier folgende Überlegung ausschlaggebend: Der Parlamentarische Rat war sich bei seinen Beratungen über die strafrechtlichen Beschränkungen der persönlichen Freiheit im Klaren. Die lebenslange Freiheitsstrafe gehörte zu den althergebrachten Strafen, die der Grundgesetzgeber vorfand. Sie rückte nach der Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG) an die Spitze des Strafenkatalogs. Weder aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 (vgl. JöR N.F. Bd. 1, S 63ff) in Verbindung mit Art. 102 GG (a.a.O., S 739ff) und Art. 104 GG (a.a.O., S 745ff) noch aus der des Art. 19 Abs. 2 GG (vgl. a.a.O., S 176ff) ergibt sich der geringste Anhaltspunkt dafür, daß diese überlieferte Strafe in Frage gestellt werden sollte. Dies hat objektiv in der ursprünglichen Fassung des Art. 143 GG seinen Niederschlag gefunden. Daraus kann zwar, wie oben (C I 4) dargelegt wurde, keine allgemein verfassungsrechtliche Billigung der lebenslangen Freiheitsstrafe, wohl aber ihre Verträglichkeit speziell mit Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 19 Abs. 2 GG hergeleitet werden. Dies entspricht im Ergebnis der im Schrifttum fast einhellig, wenn auch mit verschiedener Begründung, vertretenen Auffassung (vgl. Röhl, a.a.O., S 172ff und das dort angegebene Schrifttum).

VIII.

Soweit der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe im Einzelfall andere Grundrechte verletzen sollte, ist es Sache des Betroffenen, sich hiergegen mit den gegebenen rechtlichen Mitteln zur Wehr zu setzen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bietet zahlreiche Beispiele dafür, daß die Gefangenen ihre Rechte erforderlichenfalls mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzen können (vgl. z. B. BVerfGE 33, 1 - Strafvollzug; 35, 300 - Wahlrecht; 40, 276 - St Pauli Nachrichten; 41, 329 - Postkarte mit rotem Motorrad; 42, 95 - Besuchsrecht der Ehefrau und Kinder; 42, 229 - Anzug aus der Habe).

2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81

Leitsatz

Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen. Es ist jedoch der Strafrahmen des StGB § 49 Abs. 1 Nr. 1 von 1975 anzuwenden.

Orientierungssatz

1. Weiterentwicklung BGH, 1956-09-22, GSSt 1/56, BGHSt 9, 385; Weiterentwicklung BGH, 1957-12-02, GSSt 3/57, BGHSt 11, 139; Weiterentwicklung BVerfG, 1977-06-21, 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187; Weiterentwicklung BGH, 1977-12-21, 2 StR 452/77, BGHSt 27, 322; Weiterentwicklung BGH, 1978-11-29, 2 StR 504/78, BGHSt 28, 210.

2. Bei Mord aus Heimtücke tritt auf der Rechtsfolgenseite an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe der Strafrahmen des StGB § 49 Abs. 1 Nr. 1 von 1975, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern.

3. Eine abschließende Definition derartiger "außergewöhnlicher Umstände" ist nicht möglich. Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus gerechtem Zorn auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.

Gründe

I.

Der 4. Strafsenat hat gemäß § 137 GVG dem Großen Senat für Strafsachen folgende Rechtsfrage vorgelegt:

Ist im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 das Mordmerkmal der Heimtücke entgegen den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen BGHSt 9, 385 und 11, 139 zu verneinen, wenn der Täter zur Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist?

II.

1. In dem Verfahren, das Anlaß zur Anrufung des Großen Senats gegeben hat, ist vom Tatgericht folgender Sachverhalt festgestellt worden:

Im Januar 1978 drang Sahap S. in die Wohnung des Angeklagten, seines Neffen, ein und nötigte dessen Ehefrau mit vorgehaltener Pistole zum außerehelichen Beischlaf. Auf Grund dieser Vergewaltigung löste sich die Ehefrau des Angeklagten innerlich von ihm, weil es sein Onkel war, der sich an ihr vergangen hatte. Sie versuchte, die Scheidung ihrer bis dahin harmonischen Ehe zu erreichen. Erst im Oktober 1978 offenbarte sie dem Angeklagten, was geschehen war.

Der Angeklagte, wie sein Onkel türkischer Staatsangehöriger, war fassungslos, weinte vor Verzweiflung und sagte seiner Frau, er werde Rache nehmen. Er stellte seinen Onkel in der Folgezeit jedoch nicht zur Rede. Wegen der ihr angetanen Schmach unternahm die Frau des Angeklagten drei Selbstmordversuche, den letzten Ende Februar 1979. Am Vormittag des 3. März 1979 trafen Sahap S. und der Angeklagte zufällig auf der Straße zusammen. Der An-

geklagte forderte die Rückzahlung eines Restdarlehens. Sahap S. soll sich daraufhin mit der von ihm begangenen Vergewaltigung gebrüstet und geäußert haben, er werde auch den Angeklagten "vögeln" und ihn töten. Der Angeklagte solle verschwinden. Es kann sein, daß Sahap S. dem Angeklagten eine in Papier gewickelte Pistole oder einen wie eine Pistole wirkenden anderen Gegenstand vor das Gesicht hielt und dabei sagte, der Angeklagte solle nach Hause gehen, er lebe "noch zwei Wochen, zwei Tage oder zwei Stunden". Daheim überdachte der Angeklagte die Situation. Er vergegenwärtigte sich, daß Sahap S. eine Belastung für ihn und seine Ehe darstellte und daß der Onkel seine Ehre und die Ehre seiner Frau gröblichst verletzt hatte. Der Angeklagte faßte den Entschluß, Sahap S. zu töten. Er steckte eine Selbstladepistole ein und eröffnete seiner Frau: "Heute ist sein letzter Tag, ich werde ihn umbringen, wenn ich ihn treffe." Dann ging er zu einem Lokal, in dem er seinen Onkel vermutete und tatsächlich antraf. Sahap S. spielte mit drei türkischen Landsleuten Karten. Der Angeklagte grüßte zu ihm hin und stellte sich an die Theke. Er nahm wahr, daß sein Onkel seine ungeteilte Aufmerksamkeit dem Kartenspiel widmete und war sich bewußt, daß Sahap S. "keinerlei Angriff" von ihm erwartete. Das war dem Angeklagten "durchaus recht". Er zog die Pistole und feuerte 14 bis 16 Schuß auf seinen Onkel ab, der tödlich getroffen wurde.

2. Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Es hat angenommen, daß er Sahap S. heimtückisch tötete.

Der 4. Strafsenat hat gegen diese Annahme rechtliche Bedenken. Er möchte der Sachbeschwerde des Angeklagten stattgeben. Zur Fortbildung des Rechts hält er jedoch eine Entscheidung des Großen Senats über die von ihm formulierte Rechtsfrage für erforderlich. Zur Begründung seiner Auffassung hat der 4. Strafsenat ausgeführt:

Auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord vom 21. Juni 1977 (BVerfGE 45, 187) könne "Heimtücke als Merkmal besonders verwerflicher Tatausführung nicht schon in jedem Ausnutzen wie auch immer begründeter Arg- und Wehrlosigkeit aus wie auch immer gearteten Motiven gesehen werden". Heimtücke liege jedenfalls dann nicht vor, "wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen von dem später Getöteten zugefügte Mißhandlung, schwere Beleidigung oder Todesdrohung zu der Tat veranlaßt worden und die Art seiner Tatausführung nicht Ausdruck von Verschlagenheit ist". Die genannten Tatanlässe

stellten in der Regel erheblich ins Gewicht fallende strafmildernde Umstände dar. Bei Totschlag könnten sie zur Annahme eines minder schweren Falles (§ 213 StGB) führen.

Der 4. Strafsenat folgert:

Was Sahap S. dem Angeklagten und dessen Ehefrau angetan habe, schließe es aus, die Tat des Angeklagten "als besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig)" zu werten. Sie vermöge deshalb "bei Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht zu rechtfertigen".

Der 4. Strafsenat bemerkt abschließend:

Die Rechtsauffassung, die der Große Senat in früheren Entscheidungen (BGHSt 9, 385 und 11, 139) vertreten habe, stehe zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem kaum auflösbaren Widerspruch. Diese Rechtsauffassung würde zur Verwerfung der Revision und damit zur Bestätigung einer Strafe führen, die der 4. Strafsenat für unverhältnismäßig hoch halte. Zwar sei er der Auffassung, daß die früheren Entscheidungen des Großen Senats durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts "ihrer Bindungswirkung entkleidet" worden sind. Aber der von ihm formulierten Vorlegungsfrage komme grundsätzliche Bedeutung zu und die Entscheidung des Großen Senats in dieser Frage sei zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

3. Der Generalbundesanwalt hat vorgeschlagen, die dem Großen Senat vorgelegte Rechtsfrage wie folgt zu beantworten:

Auch im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 kann das Mordmerkmal der Heimtücke entsprechend den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen in BGHSt 9, 385 und 11, 139 bejaht werden, wenn der Täter zu der Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist.

Der Generalbundesanwalt hat seinen Vorschlag im wesentlichen wie folgt begründet:

Eine Einschränkung des Mordtatbestands, wie sie der vorlegende Senat erstrebe, sei von Verfassungs wegen nicht geboten. Das Bundesverfassungsgericht habe in den Entscheidungen zur absoluten Strafdrohung des § 211 StGB die von der Rechtsprechung bisher nicht zugelassene Prüfung der besonderen Verwerflichkeit der Tat nicht als notwendige Voraussetzung einer verfassungskonformen Anwendung des Tatbestands angesehen. Es habe diese Prüfung nur als eine von mehreren Möglichkeiten restriktiver Gesetzesauslegung genannt. Soweit das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus mit dem Begriff der besonderen Verwerflichkeit der Tat Schuldangemessenheit und Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe "zum Ausdruck gebracht" habe, handele es sich nicht um ein Kriterium, das bei der Auslegung und Anwendung des Mordtatbestands im Einzelfall von Verfassungs wegen unabdingbar sei. Denn die besondere Verwerflichkeit der Tat "als Rechtfertigung des Gesetzgebers, einen gesonderten, mit erhöhter absoluter Strafdrohung ausgestatteten Tötungstatbestand zu schaffen", sei nicht gleichzusetzen mit einem bei dessen Auslegung im Einzelfall erforderlichen, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal. Die vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich gebilligte absolute Strafdrohung und das Erfordernis generalisierender Strafgesetze schlossen Abweichungen vom "Musterfall" eines typischen Mordes notwendigerweise ein.

Ausgangspunkt einer verfassungskonformen Begrenzung des Tatbestandsmerkmals "Heimtücke" sei demnach allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Wenn ganz außergewöhnliche Umstände in der Tat oder der Person des Täters nicht erkennbar seien, die eine lebenslange Freiheitsstrafe im Blick auf den Schuldgrundsatz als unvertretbar erscheinen ließen, habe der Strafrichter von den grundlegenden Wertungen des Gesetzgebers auszugehen und die lebenslange Freiheitsstrafe für schuldangemessen zu erachten. Außergewöhnliche Gründe, die der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen entgegenstünden, weise der Vorlegungsfall nicht auf.

III.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem genannten Urteil eine "am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte restriktive Auslegung" der Tatmodalitäten der Heimtücke und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat als eine der Voraus-

setzungen der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord angesehen (BVerfGE 45, 187 Leitsätze 1 und 4). Seiner Auffassung liegt der folgende Gedankengang zugrunde:

Strafdrohungen müßten in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen. Wo die tatbestandsmäßige Handlung und ihr Erfolg verschiedene Grade der Schwere des Unrechts und des Verschuldens aufweisen können, müsse dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit flexibler Reaktion eingeräumt werden. Nach der geltenden Fassung des Mordtatbestands stelle sich insbesondere die Frage, ob es mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei, für jeden Fall der heimtückischen Tötung und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ausschließlich lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen (BVerfGE a.a.O. S. 260). Diese Androhung sei in der Rechtswirklichkeit allerdings weniger absolut, als es auf den ersten Blick den Anschein habe. Berücksichtige man die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs - insbesondere die Strafmilderungsmöglichkeiten bei verminderter Schuldfähigkeit (§§ 21, 49 Abs. 1 StGB) und bei versuchtem Mord (§§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) - und die Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes (insbesondere § 106 Abs. 1 JGG), so zeige sich, daß der Gesetzgeber es schon durch allgemeine strafrechtliche Regelungen ermögliche, besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat Rechnung zu tragen. Auf Grund dieser Regelungen und im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken", könne der Richter im Einzelfall zu einer Strafe kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei (BVerfGE a.a.O. S. 261).

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar an, daß die Rechtsprechung die genannten Mordmerkmale "schon bislang einschränkend ausgelegt" habe (BVerfGE a.a.O. S. 262). Es nimmt aber dennoch an, daß auf der Grundlage der bisherigen Interpretation des § 211 StGB unverhältnismäßige Härte "in einzelnen Grenzfällen" nicht ausgeschlossen sei, wenn und weil ihnen "nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen läßt" (BVerfGE aaO S. 266).

Der Große Senat für Strafsachen hat bisher die Auffassung vertreten, § 211 Abs. 2 StGB umschreibe abschließend die (geschlossenen) Tatbestände der Tötungsverbrechen, die das

Gesetz als besonders verwerflich beurteile; deshalb komme eine zusätzliche Verwerflichkeitsprüfung nicht in Betracht (BGHSt 9,385, 389; 11, 139, 143). Wenn das Bundesverfassungsgericht auch andeutet, daß dieser Standpunkt der Überprüfung bedarf, so läßt es doch die Frage offen, welcher Weg im einzelnen zu beschreiten ist, um sicherzustellen, daß lebenslange Freiheitsstrafe nicht in Fällen verhängt werden muß, in denen sie als unverhältnismäßig erschiene. Diesen Weg zu finden, sei die Aufgabe des für die Auslegung der Strafnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs. Er habe darüber zu entscheiden, ob der Einzelfall eine abschließende Gesamtwürdigung nach dem Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit der Tat" erfahren solle, ob das einzelne Mordmerkmal weiter einzuengen sei (das Mordmerkmal "heimtückisch" dadurch, daß man auch einen "verwerflichen Vertrauensbruch" verlange) oder ob mit Hilfe eines anderen methodischen Ansatzes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafdrohung Rechnung getragen werde (BVerfGE a.a.O. S. 267).

2. Der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts dem Bundesgerichtshof überlassenen Aufgabe, den methodischen Weg zu bestimmen, der es ermöglicht, den Anwendungsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe so einzugrenzen, daß dem Grundsatz der schuldangemessenen, gerechten Strafe in jedem Einzelfall entsprochen werden kann (vgl. Eser JR 1981, 177, 180 Anm. 43a), hat der Große Senat sich so weit zu unterziehen, wie es die Vorlegungsfrage verlangt. Sie betrifft ausschließlich die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise. Für die in dieser Eingrenzung zu lösende Aufgabe sind weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von Interesse. Es hat in einem Beschluß vom 24. April 1978 - 1 BvR 425/77 - (JR 1979, 28 mit Anm. von Bruns) festgestellt, daß § 212 Abs. 2 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist und es hat mit Beschluß vom 25. Oktober 1978 - 1 BvR 983/78 - (BVerfGE 50, 5) in einem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutigen Fall der Heimtücke gebilligt, daß das Schwurgericht dieses Mordmerkmal angenommen und den erheblich vermindert schuldfähigen Täter zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt hat, obgleich er "lediglich das Überraschungsmoment", nicht aber "vorhandenes Vertrauen" (Gesichtspunkte, denen insbesondere von Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rdn. 26 die Bedeutung von Abgrenzungskriterien beigelegt wird) ausnutzte.

IV.

1. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat den Weg der Einengung des Heimtückemerkmals durch inhaltliche Präzisierung des Begriffs der Arglosigkeit beschritten. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 7, 218, 221; 20, 301, 302; 23, 119, 120; BGH GA 1967, 244, 245) beantwortet er die Frage, "mit welcher Entwicklungsmöglichkeit das Opfer rechnen muß, damit seine Arglosigkeit entfällt" (Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 239), dahin, daß es weder mit einem Angriff auf sein Leben oder auf seine körperliche Unversehrtheit noch überhaupt mit Tätlichkeiten zu rechnen brauche. Es genüge, daß es nicht ohne Arg sei. Ohne Arg sei es aber schon dann nicht, wenn der Tötungshandlung "eine in offener Feindschaft geführte Auseinandersetzung unmittelbar vorausgehe" (BGHSt 27, 322, 324; vgl. auch BGH, Urt. vom 24. Mai 1978 - 2 StR 724/77 -, wiedergegeben von Rengier MDR 1979, 969, 973). Mit dem Ende einer solchen Auseinandersetzung gewinne das Opfer seine Arglosigkeit zurück, wenn es durch sein Verhalten zu erkennen gebe, daß es keine Feindseligkeit mehr erwarte. Es komme nicht darauf an, ob es nunmehr begründetermaßen arglos sein darf, sondern darauf, ob es in seinem Verhalten Arglosigkeit zeige (BGHSt 28, 210, 211; vgl. hierzu auch BGH NJW 1980, 792; BGH, Urt. vom 23. Mai 1978 - 5 StR 664/77; a.A. Arzt JR 1979, 7, 12).

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in den tragenden Gründen der Entscheidung BGHSt 27, 322 ein "Bruch mit der bisherigen Begründungslinie" liegt (Geilen a.a.O. S. 246; M.-K. Meyer JR 1979, 441, 442; Rengier a.a.O.). Der am "hinterrücks überfallenen Opfer" orientierte Schutz- und Gefährlichkeitsgedanke (vgl. BGHSt 11, 139, 143/144) verliert an Bedeutung, wenn schon das feindselige Streitgespräch heimtückische Tötung entfallen läßt, falls die Tat "unmittelbar" aus ihm hervorgeht. Die Frage liegt nahe, ob der Begriff der Arglosigkeit noch "psychologische Substanz" (Geilen a.a.O. S. 242) besitzt, wenn nur in Worten zum Ausdruck kommende Feindseligkeit beim Opfer akutes Gefährdungsbewußtsein nicht hervorruft und nicht hervorzurufen braucht, aber dennoch geeignet sein soll, ihm die Arglosigkeit zu nehmen. Nicht zu Unrecht weist Eser (JR 1981, 177, 181) darauf hin, daß eine offen feindselige (verbale) Konfrontation "angesichts der im Nahraum überaus häufigen Gewöhnungsaspekte" für das Opfer durchaus kein Anlaß sein muß, mit einem Angriff auf sein Leben zu rechnen. Es ist nicht Sache des Großen Senats, die für und gegen BGHSt 27, 322 sprechenden Gesichtspunkte, die eine definitorische Grenzkorrektur betreffen, welche für den Vorlegungsfall ohne Bedeutung ist, in diesem Beschlusse umfassend zu erörtern. Auf der Grundlage der

Entscheidung des Großen Senats wird jedoch die Frage zu stellen sein, ob die normative Restriktion des Begriffs der Arglosigkeit, die vom 2. Strafsenat vorgenommen worden ist, zu einer bedenklichen Tatbestandsverschiebung geführt hat, durch die einerseits Terrain heimtückischen Handelns unnötig preisgegeben worden ist, andererseits der kritische Bereich erheblich geminderter Schuld nur am Rande - durch das "affektnahe Kriterium vorangegangener Feindseligkeit" (Eser a.a.O. S. 182) - erfaßt wird.

2. Das Bundesverfassungsgericht hat auf zwei Lösungsansätze hingewiesen, die im Schrifttum bevorzugt werden. Die Anhänger des einen wollen im Wege der sogenannten Typen- oder Tatbestandskorrektur trotz heimtückischer Begehungsweise Mord verneinen, wenn eine Tötungshandlung auf Grund umfassender Gesamtwürdigung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit als nicht besonders verwerflich erscheint (so z.B. Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rdn. 10; Eser JR 1981, 177, 183; Geilen JR 1980, 309 ff.; Lange, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 217 ff.; Rieß NJW 1968, 628, 630). Die Anhänger des anderen Lösungsansatzes wollen heimtückische Tötung nur bejahen, wenn der Täter durch seine Tat einen (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" begeht (so z.B. Blei, Strafrecht II 11. Aufl. § 6 II 2 a; Eser in Schönke/Schröder aaO Rdn. 26; Hassemer JuS 1971, 626, 630; Kohlrausch/Lange, StGB 43. Aufl. § 211 Anm. VIII 5; Otto, Grundkurs BT § 4 II; Schaffstein, Festschrift für Hellmuth Mayer S. 419, 428; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht S. 232 ff.). Beide Lösungsansätze stehen für einen Teil ihrer Vertreter nicht in einem Verhältnis der Exklusivität, sondern liefern die Kriterien für eine "Doppelkorrektur" (vgl. Kohlrausch/ Lange aaO; Lange aaO S. 225; Eser JR aaO Anm. 70). Gegen jeden von ihnen bestehen schwerwiegende Bedenken.

a) Die - nicht nur für Fälle der Heimtücke, sondern für alle Tatmodalitäten des Mordes Geltung beanspruchende - Lehre von der Typenkorrektur vermag für die von ihr geforderte (je nach ihrer positiven oder negativen Fassung als tatbestandsbegründend oder tatbestandsausschließend angesehene) Gesamtwürdigung keine festen Maßstäbe anzugeben. Das Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit" ist von generalklauselartiger Weite und stellt infolgedessen Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der die Tatbestandsfrage betreffenden Rechtsanwendung in einem zentralen Bereich des Strafrechts in Frage. Wie im Einzelfall die (nur noch indizielle) Bedeutung eines Mordmerkmals im Rahmen der Gesamtwürdigung zu veranschlagen wäre, ist völlig ungewiß und hängt nicht zuletzt von der subjektiven Einschätzung der "Mordqualität" des Merkmals ab. Was der Große Senat für Strafsachen im Jahre 1957 gegen das "vage Kriterium der besonderen Verwerflichkeit" (Arzt JR 1979, 7, 9) ein-

wandte - "die Rechtsprechung würde zu unsicher und ungleichmäßig" (BGHSt 11, 139, 143) -, trifft nach wie vor zu (gegen eine "gesamtwürdigende Typenkorrektur" wenden sich z.B. auch Dreher/Tröndle, StGB 40. Aufl. § 211 Rdn. 2; Jähnke in LK 10. Aufl. vor § 211 Rdn. 37; Lackner in Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1980 Bd. II M 25, 36; Maurach/Schröder, Strafrecht BT I 6. Aufl. § 2 III A 3 a; Rengier MDR 1979, 969, 972 und MDR 1980, 1, 6).

b) Die Ansicht, die das Wesen der Heimtücke in einem (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" findet, muß sich entgegenhalten lassen, daß sie wegen der Vieldeutigkeit des Vertrauensbegriffs ebenfalls zu einer unsicheren und ungleichmäßigen Rechtsprechung in der Tatbestandsfrage führt, gerade in Grenzfällen keinen Fortschritt erbringt und - weil zwischen Vertrauensbruch und gesteigertem Unwert der Tat nicht ohne weiteres eine Kongruenz besteht (Jähnke aaO § 211 Rdn. 50) - einerseits den Mordtatbestand unangemessen ausdehnt, andererseits in nicht billigerswerter Weise einschränkt. Tötungshandlungen wie diejenigen, die Gegenstand der Entscheidungen BVerfGE 50, 5 und BGHSt 28, 210 waren, würden aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB herausfallen. Es erscheint "unerträglich, den Überfall auf einen Ahnungslosen allein deshalb nicht als heimtückisch anzusehen, weil Täter und Opfer bis dahin in keiner persönlichen Beziehung zueinander gestanden haben" (BGHSt aaO S. 212; gegen den Vertrauensbruch als Voraussetzung heimtückischen Handelns z.B. auch Arzt aaO S. 11; Dreher/Tröndle aaO Rdn. 6 c; Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 249 ff.; Jähnke aaO; Maurach/Schröder aaO § 2 III B 2 c; Rengier MDR 1980, 1,4).

V.

1. Das Heimtückemerkmal kennzeichnet eine besonders gefährliche Begehungsweise. Wer einen anderen (in feindseliger Willensrichtung - vgl. BGHSt 9, 385, 390) heimtückisch tötet, verübt, weil er sein Opfer "hinterrücks überfällt" (BGHSt 11, 139, 144), auf Grund seines Vorgehens einen Mord. Schon und allein in diesem Vorgehen liegt das gesteigerte Unrecht. Aber weil das tatbestandsmäßige Handeln sich in der vorsätzlichen Lebensvernichtung auf heimtückische Weise erschöpft, werden in der Verbotsmaterie die Schuldkomponenten, die den Anknüpfungstatbestand der Strafzumessung bilden (vgl. Lackner, StGB 14. Aufl. Bem. III 4 vor § 13), nur unzulänglich erfaßt. Fälle wie BGHSt 3, 183 (oder BGHSt 9, 385; BGH NJW 1966, 1823; 1978, 709; BGH, Urt. vom 21. Juni 1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR

1978, 805; der Vorlegungsfall) einerseits und BGHSt 2, 60 (oder BGHSt 2, 251; 23, 119; 28, 210; BVerfGE 50, 5) andererseits lassen auf der Ebene des Tatbestands keine Differenzierung zu, weil das Unrecht des Tötens unter bewußter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ihnen allen anhaftet. Sie unterscheiden sich aber erheblich in Momenten der Schuld (z.B. der affektiven Antriebslage, den Beweggründen, der Gesinnung des Täters oder seiner Belastung durch Provokation oder Konflikt). Aus dem Vorliegen und der konkreten Beschaffenheit solcher Schuldmomente erwachsen die "Grenzfälle" (BVerfGE 45, 187, 266/267), in welchen die Frage der Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe Berechtigung gewinnt. Die bisherige Rechtsprechung hat Entlastungsfaktoren, die das Ausmaß der Schuld verringern, nur mittelbar - im Rahmen der Prüfung der inneren Tatseite heimtückischen Handelns - erfaßt (vgl. BGHSt 6, 120, 121; 6, 329, 331; 11, 139, 144; BGH NJW 1966, 1823, 1824; 1978, 709, 710; BGH, Urt. vom 21. Juni 1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR 1978, 805; BGH GA 1979, 337, 338). Diese Erfassung auf der Ebene des inneren Tatbestands hat scharfe Kritik erfahren, soweit sie als Mittel einer die Nichtanwendung des Mordtatbestands bezweckenden "Vermeidungsstrategie" (Eser JR 1981, 177, 180) erschien und in einer über § 212 StGB hinausgehenden "Talfahrt" (Geilen JR 1978, 341, 342) zur Anwendung des § 213 StGB und zu als unverhältnismäßig niedrig angesehenen Strafen führte. Die strengen Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Heimtückevorsatz gestellt werden, sind aber durchaus keine bloße "Behelfskonstruktion", durch welche eine Verwerflichkeitsprüfung mit "psychologischen Fiktionen" verdeckt wird (so Geilen JR 1980, 309, 312). Sie haben ihren sachlichen Grund darin, daß die Heimtücke als normatives Tatbestandsmerkmal ein Sinnverständnis oder - was nichts anderes besagt - eine Bedeutungskenntnis des Täters voraussetzt, weil nur unter dieser Voraussetzung die Rede davon sein kann, daß er sich zur Tötung mit Rücksicht auf die für die Tatausführung gegebene günstige Situation entschlossen, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewußt ausgenutzt habe (Herdegen, BGH-Festschrift S. 195, 203/204; Jähnke in LK 10. Aufl. § 211 Rdn. 47). Das Sinnverständnis kann fehlen, auch wenn der Täter die tatsächlichen Umstände, welche seine Tötungshandlung zu einer objektiv-heimtückischen machen, nicht verkennt. Der Mangel des Sinnverständnisses kann die Folge gerade derjenigen Momente sein, die für das Ausmaß der Schuld von wesentlicher Bedeutung sind. Der Kritik ist allerdings zuzugeben, daß subjektive Entlastungsfaktoren, auch wenn sie - wie im Vorlegungsfall (vgl. Eser aaO S. 178) - für die innere Tatseite keine Rolle spielen, nach Erfassung und Bewertung im Rahmen der Strafzumessung drängen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB: "Beweggründe", "Ziele", "Gesinnung").

2. Die absolute Strafdrohung für Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) schließt Zumessungserwägungen aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafrahmen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer milderen Strafdrohung führen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erscheint (ähnlich Geilen JR 1980, 309, 314, der aber in erster Linie die "allgemeine Verwerflichkeitskontrolle" vertritt; Maurach/Schroeder, Strafrecht BT I 6. Aufl. § 2 III A 3 c und B 2 c, bb; Rengier MDR 1980, 1, 3). Allerdings kann nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, genügen (a.A. Rengier aaO). § 213 StGB ist dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet. Deshalb und weil nach dieser Vorschrift eine Privilegierung verhältnismäßig leicht zu erreichen ist (vgl. Jähnke aaO § 213 Rdn. 4; Geilen aaO S. 315/316), kann ihr nicht der passende Maßstab entnommen werden. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, daß jener "Grenzfall" (BVerfGE 45, 187, 266, 267) eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.

Eine abschließende Definition oder Aufzählung der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände ist nicht möglich. Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn" (vgl. BGH MDR 1961, 1027) auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.

3. Die bisherige Rechtsprechung hat punktuell - in dem Erfordernis der "feindlichen Willensrichtung" - Beweggründe des Täters berücksichtigt und heimtückische Tatbegehung verneint, wenn er "zum Besten" des Opfers zu handeln glaubte (BGHSt 9, 385, 390; BGH NJW 1978, 709; BGH, Urt. vom 17. Dezember 1980 - 3 StR 433/80 - bei Holtz MDR 1981, 267). Der Große Senat führt diesen Ansatz, wenn auch nicht auf der Tatbestandsseite, fort. Er nimmt, wie dargelegt, mit Hilfe des Kriteriums der "außergewöhnlichen Umstände, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint", eine

Ergänzung der Rechtsfolgenseite des Mordparagrafen vor, die aus folgenden Gründen anderen Lösungen gegenüber den Vorzug verdient:

a) Sie engt den Tatbestand der Heimtücke nicht weiter ein und stellt seine Bestimmtheit und die Gleichmäßigkeit der ihn betreffenden Rechtsanwendung nicht in Frage. Allein gesetzliche Merkmale entscheiden nach wie vor darüber, welche Tötungshandlung als Mord, welche als Totschlag einzustufen ist.

b) Die den Tatbestand des Mordes nicht berührende Ergänzung der Rechtsfolgenseite führt nicht zur Anwendung des Strafrahmens des § 213 StGB, weil diese Vorschrift dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet ist, sondern zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. 5.). Damit werden unverhältnismäßig niedrige Strafen in Fällen vermieden, in denen das Mordmerkmal der Heimtücke die Abwägung der straferschwerenden und der strafmildernden Umstände entscheidend mitbestimmt.

4. Die Anwendung eines generalklauselartigen Kriteriums innerhalb dieser Strafrahmen- und Strafzumessungslösung ist im Hinblick auf entsprechende gesetzliche Regelungen auch im Bereich der Tötungsdelikte (§ 212 Abs. 2 StGB; zweite Alternative des § 213 StGB) unbedenklich. Sie ermöglicht in allen in Betracht kommenden Heimtückefällen die Verhängung der schuldangemessenen Strafe.

5. In Fällen, in denen auf Grund besonderer gesetzlicher Milderungsgründe Strafmilderung vorgeschrieben oder zugelassen ist, tritt an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1, § 38 Abs. 2 StGB). Vom Gesetz nicht in die Regelung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogenen außergewöhnlichen Umständen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, kann keine geringere Wirkung als den gesetzlichen Milderungsgründen beigemessen werden, die sich (wie etwa in Fällen des § 13 Abs. 2, des § 17 Satz 2 oder des § 21 StGB) aus der Berücksichtigung bestimmter schuld mindernder Umstände ergeben. Sie führen infolgedessen ebenfalls zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB und zwar zwingend, weil das verfassungsrechtliche Übermaßverbot keine Ausnahmen kennt. Dieser Strafrahmen gestattet es, dem Bewertungsgegensatz, der sich daraus ergibt, daß einerseits das Mordmerkmal der Heimtücke vorliegt, andererseits schuld mindernde Um-

stände von Gewicht gegeben sind, in jeder Ausprägung, die er im Einzelfall erfährt, Rechnung zu tragen.

VI.

Der Große Senat hat die Frage, ob die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, die er für erforderlich hält, im Wege richterlicher Rechtsschöpfung vorgenommen werden kann, mit folgenden Erwägungen bejaht:

Auf Grund der Wertvorstellungen der Verfassung und des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht eine Regelungslücke festgestellt, die zwar nicht als ursprüngliche "planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes" (vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 39; Engisch, Einführung in das juristische Denken 7. Aufl. S. 141; Krey JZ 1978, 361, 364/365; Larenz, Festschrift für Heinrich Henkel S. 31, 40) angesehen werden kann (a.A. Geilen JR 1980, 309, 314), die aber einer solchen Unvollständigkeit auf Grund eines Wandels der Rechtsordnung gleichzuachten ist (vgl. Engisch aaO S. 145; Larenz aaO S. 41). Die Behebung dieser Lücke hat das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof überlassen. Dem Großen Senat ist es nicht verwehrt, sie dadurch zu schließen, daß er in Heimtückefällen auf der Rechtsfolgende Seite des Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB) an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe den Strafraum des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB treten läßt, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern (vgl. BVerfGE 34, 269, 290).

VII.

Die vorgelegte Rechtsfrage, so wie sie formuliert worden ist, muß verneint werden, weil heimtückische Begehungsweise und damit der Mordtatbestand durch die vom 4. Strafsenat genannten Entlastungsmomente keine Änderung ihrer Voraussetzungen erfahren. Ihre Beantwortung ist jedoch auf die das Recht fortbildende und für den Vorlegungsfall wesentliche Aussage zu erstrecken, daß diese Entlastungsmomente, wenn sie das Gewicht außergewöhnlicher Umstände haben, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, zur Anwendung des Strafraumes des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB führen. In der Sache stimmt der vorlegende Senat mit dieser Auffassung weitgehend überein. Sie ist in folgendem Leitsatz zusammenzufassen:

Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen. Es ist jedoch der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden.

X. Literatur zur Reform der Tötungsdelikte (Auswahl)

1. Zeitschriften

Verfasser	Titel	Fundstelle
Aengenheister, Astrid Legnaro, Aldo	Geschlecht und Gerechtigkeit – Aspekte der Aburteilung von Tötungskriminalität	KJ 1995, 188-202
Baltzer, Ulrich	Mord und Totschlag: Angemessenheit der Strafen überprüfen	AnwBI 2014, 886-888
Bernsmann, Klaus	Die gewaltsame Tötung fordert das Strafrecht heraus: Wie reagieren?	AnwBI 2014, 888-891
Börger, Niclas	Zeitige Freiheitsstrafe für Mord	JR 2004, 139-145
Brause, Hans Peter	Zur Problematik des Mordtatbestandes	Krim 1995, 793-798
Brocker, Lars	Das Tatbestandsmerkmal der Verdeckungsabsicht	MDR 1996, 228-229
Brunhöber, Beatrice	Die Problematik einer ausweitenden Auslegung der Verdeckungsabsicht	HRRS 2011, 513-518
Dannhorn, Reinhold	Anmerkungen zur subjektiven Tatseite bei Tötungsdelikten	NStZ 2007, 297-304
Danwitz, Klaus-Stephan von	Die Tötung eines Menschen mit gemeingefährlichen Mitteln	Jura 1997, 569-575
Deckers, Rüdiger Fischer, Thomas König, Stefan Bernsmann, Klaus	Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag	NStZ 2014, 9-17
Deckers, Rüdiger	Die Reform der Tötungsdelikte als historischer Auftrag	AnwBI 2014, 868-872
Exner, Thomas Remmers, Elisabeth	Viktimdogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?	ZIS 2011, 14-22
Eser, Albin	Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSSt 1/81	NStZ 1981, 383-388 und 429-432
	Neue Impulse zur Reform der Tötungsdelikte	AnwBI 2014, 877-882

Fabricius, Dirk	Zur Mordlust im Sinne von StGB § 211	StV 1995, 637-638
	Zur Frage der Verwerflichkeit einer Tötung aus moralischer Überzeugung	StV 1996, 209-211
Fischer, Thomas	Die Neu-Fassung der Tötungsdelikte im Strafgesetzbuch	AnwBl. 2014, 883-885
Geppert, Klaus	Zum Begriff der heimtückischen Tötung in § 211 StGB, vornehmlich an Hand neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung	Jura 2007, 270-276
Giraud, Alix Mitsch, Wolfgang	Mord im deutschen und französischen Strafrecht	ZJS 2013, 567-575
Grasberger, Ulrike	Die (mangelnde) Eignung der Mordmerkmale zur Festlegung besonders strafwürdiger Fälle	M SchrKrim 1999, 147-159
Greco, Luís	Ehrenmorde im deutschen Strafrecht	ZIS 2014, 309-319
Große, Christina	“Lebenslänglich“ – und kein Ende	NStZ 1996, 220-222
Grotendiek, Sven Göbel, Daniel	Zur Vorwerfbarkeit der Mordlust als niedrigem Beweggrund	NStZ 2003, 118-122
Grünewald, Anette	Tötungen aus Gründen der Ehre	NStZ 2010, 1-9
	Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform	JA 2012, 401-406
Heine, Günter	Mord und Mordstrafe – Grundmängel der deutschen Konzeption und rechtsvergleichende Reformüberlegungen	GA 2000, 305-319
Herzberg, Rolf	Das Zusammentreffen privilegierender und qualifizierender Umstände bei Tötungsdelikten	JZ 2000, 1093-1100
Herzberg, Rolf Herzberg, Annika	Der Beginn des Menschseins im Strafrecht – Die Vollendung der Geburt	JZ 2001, 1106-1113
Hinz, Werner	Reform des „Mordparagraphen“? Eine rechtshistorische Betrachtung des § 211 StGB	SchIHA 2015, 47-58

Höynck, Theresia Behnsen, Mira Haug, Monika	Der Alternativ-Entwurf Leben – Überlegungen zur Frage der Folge des Entwurfs für Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern	ZIS 2014, 102-122
Kargl, Walter	Gesetz, Dogmatik und Reform des Mordes (§211 StGB)	StraFo 2001, 365-375
	Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte	JZ 2003, 1141-1149
Köhne, Michael	Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe 25 Jahre nach BVerfGE 45, 187 ff.	JR 2003, 5-9
	Mord und Totschlag – Notwendige Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte	ZRP 2007, 165-169
	Die Mordmerkmale Mordlust und zur Befriedigung des Geschlechtstriebes	Jura 2009, 100-104
	Die Mordmerkmale grausam und mit gemeingefährlichen Mitteln	Jura 2009, 265-269
	Das Mordmerkmal "heimtückisch"	Jura 2009, 748-754
	Die Mordmerkmale der dritten Gruppe	Jura 2011, 650-657
	Immer noch reformbedürftig: Strafvorschriften zur vorsätzlichen Tötung	ZRP 2014, 21-24
	Die Tötungsdelikte – Problemanalyse und Reformausblick	JuS 2014, 1071-1074
König, Stefan	Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikts-Normen	RuP 2014, 9-14
	Das Ende des Mordparagraphen?	AnwBI 2014, 338
Krehl, Christoph	Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der Tötungsdelikte	ZRP 2014, 98-101
Kubiciel, Michael	Reform der Tötungsdelikte	KPKp 6/2014
Kubik, Alexander Zimmermann, Till	Mord und/oder Totschlag?	StV 2013, 582-589
Kudlich, Hans Tepe, Ilker	Das Tötungsmotiv "Blutrache" im deutschen und im türkischen Strafrecht	GA 2008, 92-103

Kühl, Kristian	Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten	JA 2009, 833-839
	Die sonst niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB	JuS 2010, 1041-1047
Küper, Wilfried	“Heimtücke“ als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen	JuS 2000, 740-747
	“Kurze Zeitspanne“ und “letzter Augenblick“ beim Heimtücke-Mord	GA 2014, 611-637
Maas, Heiko	Warum wir endlich eine Reform der Tötungsdelikte brauchen	RuP 2014, 65-68
Maas, Heiko Bausback, Winfried	Tötungsdelikte: Reform überfällig?	DRiZ 2014, 248-249
Mitsch, Wolfgang	Die Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB	JZ 2008, 336-340
	Heimtückische Tötung von Neugeborenen, Säuglingen und kleinen Kindern	JuS 2013, 783-787
	“Entnazifizierung“ des § 211 StGB?	ZRP 2014, 91-92
	Konsequenzen der Abschaffung des § 211 StGB	StV 2014, 366-369
	Die Mordmerkmale nach einer Reform des § 211 StGB	JR 2015, 122-131
Momsen, Carsten	Der besonders schwere Fall des Totschlags (§ 212 II StGB) – zwischen Mord und Totschlag?	NStZ 1998, 487-490
	Der Mordtatbestand im Bewertungswandel?	NStZ 2003, 237-242
Morsch, Anke	Mord und Totschlag: Die Zeit ist reif für eine grundlegende Reform	AnwBI 2014, 873-876
Puppe, Ingeborg	Das Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander	NStZ 2006, 290-291
Reichenbach, Peter	Die Rechtsfolgenlösung des BGH als Weg zur schuldangemessenen Strafe beim Mord	Jura 2009, 176-183
	Vollstreckungslösung und lebenslange Freiheitsstrafe beim Mord	NStZ 2009, 120-124

Rotthaus, Karl Peter	Ergänzende Erhebungen über die Verhängung und die vorzeitige Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe	NStZ 2005, 482-485
Saliger, Frank	Zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht	ZStW 1997, 302-334
	Mord auch bei außerstrafrechtlichem Verdeckungszweck	StV 1998, 19-21
	Niedrige Beweggründe im Sinne des § 211 StGB bei kulturell abweichenden Moralvorstellungen	StV 2003, 22-25
Scheffler, Uwe	Von zeitiger lebenslanger und lebenslanger zeitiger Freiheitsstrafe	JR 1996, 485-491
Schneider, Ursula	Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht	NStZ 2015, 64-69
Schneidewind, Mirko	Wider die lebenslange Freiheitsstrafe	FoR 1995, 63
Sowada, Christoph	Zur Strafbarkeit wegen Mordes bei strafvereitelungsfremdem Verdeckungszweck	JZ 2000, 1035-1045
Spendel, Günter	Noch einmal – Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?	JuS 1996, 871-873
Spoorendonk, Anke	Die Lehre vom Tätertyp – Ist das Strafrecht NS-belastet?	RuP 2014, 42
Valerius, Brian	Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe?	JZ 2008, 912-919
Wolf, Gerhard	Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?	JuS 1996, 189-195
Zabel, Benno	Zur Annahme des Mordtatbestandes bei einer Kindestötung	HRRS 2010, 403-412

2. Festschriften

Verfasser	Titel	Fundstelle
Eser, Albin	Neue Impulse zur Reform der Tötungsdelikte	FS Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, 91-109
Gropp, Walter	Mord und Totschlag – Die BGH-Rechtsprechung vor einem Wandel?	FS Seebode zum 70. Geburtstag, 2008; 125-141
Hirsch, Hans Joachim	Die Grenze zwischen Schwangerschaftsabbruch und allgemeinen Tötungsdelikten nach der Streichung des Privilegierungstatbestands der Kindstötung (§ 217 StGB aF)	FS Eser zum 70. Geburtstag, 2005; 309-322
	Zum aktuellen Stand der Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte	FS Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag, 2011; 219-238
Kreuzer, Arthur	Notwendigkeit der Reform des Tötungsstrafrechts und der „AE-Leben“	FS Schöch zum 70. Geburtstag, 2010; 495-510
Müssig, Bernd	Normativierung der Mordmerkmale durch den Bundesgerichtshof? Kriterien der Tatverantwortung bzw. Tatveranlassung als Interpretationsmuster für die Mordmerkmale	FS Dahs zum 70. Geburtstag, 2005; 117-142
Nehm, Kay	Blutrache – ein niedriger Beweggrund?	FS Eser zum 70. Geburtstag, 2005; 419-429
Neumann, Ulfried	Mord und Totschlag. Argumentationstheoretische Erwägungen zum Verhältnis von §§ 211 und 212 StGB	FS Lampe zum 70. Geburtstag, 2003; 643-652
	Zum Verhältnis von minder schwerem Fall des Totschlags (§ 213 StGB) und Mord (§ 211 StGB) nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz	FS Eser zum 70. Geburtstag, 2005; 431-442
Rengier, Rudolf	Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BVerfGE 45, 187	FS Küper zum 70. Geburtstag, 2007; 473-487
Wolf, Gerhard	Mörder oder Totschläger? Zum 60jährigen Bestehen des § 211 StGB	FS Schreiber zum 70. Geburtstag, 2003; 519-532

XI. Referate

1. RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers

Zum Heimtückemerkmal des § 211 StGB

A. Einleitung

Der Beitrag soll an die „Thesen zur Heimtücke“ von Prof. Dr. Schneider anknüpfen und sich zugleich den übergreifenden Fragen zuwenden, in welcher Weise und mit welchen Konsequenzen die höchstrichterliche Rechtsprechung das Gebot der restriktiven Auslegung dieses Merkmals aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 45, 187) umgesetzt hat.

Schneider ist darin zuzustimmen, dass die Interpretation des Begriffselements der Arglosigkeit ausgesprochen komplex ausfällt.

Der Hinweis indes, die Rechtsprechung zur Heimtücke sei nicht unübersichtlicher als die zum Vermögensschaden bei Betrug und Untreue, erscheint unpassend. Ein Missstand wird durch die Existenz eines anderen nicht gemildert und seine Bedeutung wächst in dem Maße, wie er sich auswirkt. Wenn es also darum geht, Höchststrafen zu verhängen, sollte an die Bestimmtheit der Rechtsbegriffe ein entsprechend höherer Maßstab anzulegen sein.

B. Hauptteil

I. Richtigerweise ist zu ergänzen, dass zur Vielgestaltigkeit der Auslegung des Elements der Arglosigkeit die völlig unkalkulierbare, weil widersprüchliche Auslegung des Ausnutzungsbewusstseins der Arg- und Wehrlosigkeit hinzu tritt.

Weder für den Richter noch für den Angeklagten und seinen Verteidiger ist vorhersehbar, ob eine psychische Ausnahmesituation bei der Tat so bewertet wird, dass das Ausnutzungsbewusstsein entfällt oder erhalten bleibt. Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass die Auslegung des in der Praxis hoch bedeutsamen Mordmerkmals der Heimtücke durch Schwurgerichte in einer großen Anzahl von Fällen durch höchstrichterliche Entscheidungen korrigiert wird. Wenn es so wäre, wie Schneider vorträgt, dass *„bei redlichem Bemühen (...) es rechtspraktisch unschwer möglich [ist], die Kernargumente des Merkmals zu erkennen und sachgerecht zu handhaben“*, stellt sich die Frage, warum allein im Jahre 2013 in der

NStZ sieben höchstrichterliche Entscheidungen zum Heimtückemerkmal abgedruckt wurden, davon drei zum Ausnutzungsbewusstsein (BGH 1 StR 336/12 = NStZ 2013, 339 und 470; 2 StR 5/13 = NStZ 2013, 709; 5 StR 438/12 = NStZ 2013, 232), drei zur Arglosigkeit und der sog. „Zeitregel“ (Begriff vgl.: Rengier "Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BVerfGE 45, 187", in: FS Küper, 2007, S. 473; 1 StR 336/12 = NStZ 2013, 339; 4 StR 84/12 = NStZ 2013, 337; 1 StR 457/12 = NStZ-RR 2013, 341). Hier handelt es sich nur um die publizierten Entscheidungen, weitere mögen als nicht publikationswürdig angesehen worden sein.

II. Während das Bundesverfassungsgericht nur recht allgemein einige Aspekte einer möglichen Restriktion in der Interpretation des Heimtückemerkmals anführt:

- verwerflicher Vertrauensbruch
- besondere Verwerflichkeit der Tat
- oder eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafandrohung entsprechende Interpretation,

die Aufgabe der Auslegung wird dem Bundesgerichtshof überantwortet (BVerfGE 45, 185, 267),

hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verschiedene Wege beschritten, um **die Strafzumessung** bei evident nicht höchststrafwürdigen Taten (Provokation, Verzweiflung, notstandsähnliche Konfliktlagen, Spontantaten) in die Beurteilung des Einzelfalls zu integrieren

- Rechtsfolgenlösung – BGHGSSt 30, 105
- Anwendung der „Zeitregel“ bei der Arglosigkeit – BGHSt 32, 382
- Besondere Anforderungen an das Ausnutzungsbewusstsein – BGH NStZ 2007, 523, 525.

III. Einigkeit besteht darin, dass die Rechtsfolgenlösung

- Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB

wenig praktische Relevanz entfaltet hat (Fischer, 2014, § 211, Rn. 46; Rengier a.a.O. S. 485 „*hat niemals eine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt*“; vgl. dazu die Beanstandungen fachrichterlicher Judikate durch den BGH in NStZ-RR 2004, 294 – 3 StR 107/04 – und NStZ 2005, 154 – 1 StR 331/04; kritisch zur Rechtsfolgenlösung: Heintschel-Heinegg/Eschelbach, 2010, § 211, Rn. 58.1 und 2; in der Entscheidung BGHSt 48, 207 – Chantage-Fall – wird die Abkehr von der Rechtsfolgenlösung – Bendermacher JR 2004, 301, 302; Fischer, a.a.O., Rn. 55 – gesehen, es könne „*die Erosion des Heimtückemerkmals und damit u. U. des bisherigen Verständnisses des § 211 Abs. 2 insgesamt vorangeschritten sein*“; Fischer, a.a.O., Rn. 55; vgl. auch Hillenkamp JZ 2004, 48, 49 f.)

IV. Die „Zeitregel“

- Arglosigkeit des Opfers muss bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs vorliegen

kann als Element tatbestandlicher Einschränkungen des Heimtückemerkmals angesehen und angewendet werden. Rengier hat sie spezifiziert als „*Eintritt der Tat in das Versuchsstadium des § 22 StGB*“ (a.a.O. S. 473; ebenso: Küper JuS 2000, 740 ff.)

Die Bestimmung des Momentums der Arglosigkeit

- das Opfer rechnet weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten schweren oder doch erheblichen Angriff (vgl.: BGH NStZ-RR 2012, 245)

ist allerdings ständiger Aufweichung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgesetzt.

Rengier mahnt, auch im Interesse der Rechtssicherheit solle allen Versuchungen widerstanden werden, ausgerechnet bei der Heimtücke und typischen Konflikttaten das Ausnutzen einer im Vorbereitungsstadium **ohne Tötungsvorsatz** herbeigeführten Wehrlosigkeit ausreichen zu lassen, falls der Täter erst danach den Entschluss fasst, das Opfer zu töten. Es verbiete sich bei dem tatbezogenen Merkmal der Heimtücke „*einen nur mit Körperverletzungsvorsatz getragenen heimtückischen Angriff als Bestandteil der Tötungstat anzusehen*“ (Ren-

gier, a.a.O. S. 477; gegen eine Aufweichung des § 22-Kriteriums auch: MüKo-Schneider 4/10, Rn. 129 f.)

Bereits die Entscheidungen BGH 1 StR 145/04, aber auch BGH 1 StR 113/06 (= NStZ 2006, 502) und 5 StR 126/03 (= NStZ-RR 2004, 14) sind mit der „Zeitregel“ schwer vereinbar, ohne dass die Interpretationskonflikte – wie Rengier (a.a.O. S. 475, 476) bemängelt – offen ausgetragen würden.

V. Mustert man aktuelle höchstrichterliche Entscheidungen dazu durch, ergibt sich das Bild einer zur restriktiven Auslegung diametralen Entwicklung.

Auch wenn der Täter dem Opfer offen feindselig entgegentritt, könne Heimtücke vorliegen, selbst dann, wenn der Täter das Opfer nur (überraschend) mit Körperverletzungsvorsatz angreift, diesen Angriff aber unter Ausnutzung des Überraschungseffekts mit Tötungsvorsatz fortsetzt; Voraussetzung sei dann allerdings, dass die überraschungsbedingte Wehrlosigkeit des Opfers fortwirkt (BGH NStZ 2012, 35; NStZ-RR 2007, 14; vgl. dazu: Fischer, § 211, Rn. 35c m. w. N.).

Die Vorverlagerung des Arglosigkeitszustands auch in die Angriffsphase, zu der der Täter noch „nur“ mit Körperverletzungsvorsatz handelt, wurde in mehreren Entscheidungen nachvollzogen (BGH NStZ 2006, 502; NStZ-RR 2007, 374; 2008, 238; NStZ 2009, 29, 30 m. Anm. Puppe).

An Beispielen:

BGH 3 StR 346/11 – NStZ-RR 2012, 245

Das Ehepaar – die Ehe befindet sich in der Krise – streitet in der Ehewohnung verbal. In dieser Auseinandersetzung nimmt der Täter einen Stuhl und schlägt einmal damit auf den Kopf des Opfers. Das Opfer fällt benommen zu Boden. Nun holt der Täter aus der Küche ein Messer und sticht das Opfer vielfach, woran es verstirbt.

Der 3. Strafsenat postuliert:

„(...) dass es für das Mordmerkmal der Heimtücke keinen Unterschied macht, ob ein überraschender Angriff von vornherein mit Tötungsvorsatz geführt wird oder ob der ursprüngliche – auf Körperverletzung gerichtete – Handlungswille derart schnell in den Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt bis zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter mit

Tötungsvorsatz angreift. In beiden Fällen bleibt dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen (vgl. BGH, Urteile vom 22. Januar 2004 – 4 StR 145/04; juris Rn. 11; vom 27. Juni 2006 – 1 StR 113/06, NStZ 2006, 502, 503; vom 2. April 2008 – 2 StR 621/07, NStZ-RR 2008, 238; vgl. auch BGH, Urteile vom 9. Dezember 1986 – 1 StR 596/86, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3; vom 15. Dezember 1992 – 1 StR 699/92, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 16 und vom 24. Februar 1999 – 3 StR 520/98, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 27)."

In derselben Entscheidung gibt der Senat zu bedenken, dass die nach einem ersten Schlag eintretende Benommenheit des Opfers **gegen dessen Arglosigkeit sprechen könne** (BGH 3 StR 68/97; 5 StR 92/08 = NStZ 2008, 569).

(Anm.: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH setzt Arglosigkeit Bewusstsein voraus, dies fehle beim Bewusstlosen (s.o.); andererseits nimmt der Schlafende nach höchstrichterlicher Rechtsprechung seine Arglosigkeit mit in diesen Zustand: = BGHSt 48, 255; zum Streitstand: Lackner/Kühl, § 211 Rn. 7).

BGH 3 StR 425/11 – NStZ 2012, 691

Das Landgericht hat die Annahme von Arg- und Wehrlosigkeit abgelehnt:

Das Ehepaar befindet sich in Trennung, der Täter stellt dem Opfer mehrfach nach, das Opfer ist in eine eigene Wohnung gezogen, unterhält eine Beziehung zu einem anderen Mann. Der Täter fasst einen Tötungsentschluss, steigt mit Messer und schwarzen Handschuhen in ihren Pkw, will sie töten, falls das Gespräch „nicht in seinem Sinne“ verläuft. Es kommt zu verbalen und körperlichen Auseinandersetzungen, der Täter zieht ein Messer und beginnt auf sein Opfer einzustechen. Das Opfer versucht, die Stiche mit den Händen abzuwehren und wird dabei verletzt. Es gelingt dem Opfer aus dem Auto zu entkommen. Er folgt ihr unmittelbar, bringt sie zu Boden und fügt ihr eine tiefe Schnittverletzung am Hals zu, die bis zur Wirbelsäule reicht, an der sie noch an Ort und Stelle verblutet.

Der 3. Senat akzeptiert in diesem Fall die Ablehnung der Heimtückemerkmals, da das Landgericht nicht sicher habe feststellen können, wie viel Zeit zwischen dem ersten Faustschlag bis zu dem Moment vergangen sei, als der Täter mit dem Messer in Tötungsabsicht auf seine Ehefrau eingestochen habe. Da sie mehrere Verletzungen am Kopf aufweise, sei es möglich, dass die Angegriffene nicht mehr arglos gewesen sei. Auch sei wegen ihrer Abwehrverletzungen nicht mehr sicher festzustellen, dass sie zu Beginn des mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs noch wehrlos gewesen sei.

Vergleicht man beide Entscheidungen unter dem Aspekt der Höchststrafwürdigkeit und der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals der Heimtücke, so scheint auf, dass die von der Entscheidung des 1. Strafsenats – 1 StR 145/04 – eingeleitete Verschiebung der „Zeitregel“ in eine Sackgasse führt.

Alt Vater (NStZ 2006, 86, 89) resümiert: *"Heimtücke scheidet dann an der Unterstellung einer vorangehenden Körperverletzung und der damit einhergehenden Beseitigung der Arglosigkeit, Verdeckungsabsicht an dem Konstrukt eines durchgehenden Tötungsvorsatzes; gewiss eine intellektuelle Zumutung, die der BGH dem Rechtsanwender allerdings aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zu ersparen können glaubt"*.

Aus Verteidigungssicht kann es sich auch gerade umgekehrt darstellen:

Verteidigt sich der Beschuldigte gegen den Heimtückevorwurf mit dem Argument, er habe das Opfer zunächst nur verletzen wollen, steht die Verdeckungsabsicht in Rede, verteidigt er sich gegen den Verdeckungsabsichtsvorwurf mit dem Argument, er habe von Anfang an und durchgängig mit Tötungsvorsatz gehandelt, öffnet sich die Tür zur Heimtücke.

Rengier resümiert, der Preis für die Erweiterung des Heimtückebereichs, der problematische Konflikttaten betreffe und sich auf die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe auswirke, sei zu hoch (a.a.O. S. 485).

Wie aufgezeigt handelt es sich keineswegs um eine Frage *"des redlichen Bemühens um eine korrekte Auslegung"*, sondern um einen evidenten und dramatischen Mangel an Rechtssicherheit.

VI. Auch für das subjektive Merkmal des Ausnutzungsbewusstseins kann an verschiedenen Judikaten höchstrichterlicher Rechtsprechung aufgezeigt werden, dass es eine Rechtssicherheit vermittelnde einheitliche Linie nicht gibt.

So entstand zunächst – nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – der Eindruck, dem Merkmal komme die maßgebliche Funktion zu, unangemessene Höchststrafen zu vermeiden.

Im Sinne einer „versteckten Verwerflichkeitsprüfung“ stehe ein Ventil zur Verfügung, das verhältnismäßig weite Heimtückemerkmal in Fällen heftiger Gemütsregungen einzuschränken (Rengier a.a.O. S. 478; ders. NStZ 1986, 505; Kritik bei MüKo-Schneider § 211, Rn. 143).

Dies ist auch vor dem Hintergrund der in der Literatur weit verbreiteten Ansicht zu sehen, dass das – die Heimtücke konstituierende – Ausnutzen eines Überraschungseffekts nur das

typische Unrecht der vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung trage und **nicht** den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit (Fischer, § 211, Rn. 34 mit zahlreichen Nachweisen).

Der Täter muss sich der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst sein und diese ausnutzen.

In diesem Kontext kann eine wesentliche Rolle spielen, dass der Angriff „von hinten“ erfolgt (Alt Vater, NStZ 2006, 86, 89: *„Ausnutzungsbewusstsein kann auf der Hand liegen und bedarf keiner näheren Darlegung“*: BGH 4 StR 491/04; 1 StR 290/04).

Umgekehrt kann es auch bei offener Konfrontation vorliegen (BGH NStZ-RR 2012, 245; Fischer § 211, Rn. 35c).

In BGH NStZ-RR 2004, 14 ff. – 5 StR 126/03 – heißt es, das Ausnutzungsbewusstsein des seinem Opfer entgegentretenden, erregten Angeklagten mag sich *„allein aus der von ihm vorgefundenen Situation zu Beginn des tödlichen Angriffs ohne weiteres ableiten lassen.“* (vgl. dazu: Rengier, FS Küper, S. 481)

Bei hochgradiger Erregung des Täters kann das Ausnutzungsbewusstsein fehlen, muss es aber nicht (vgl. Lackner/Kühl, § 211, Rn. 9 m.w.N.).

Bei plötzlich aufwallender Wut und Verbitterung gilt das Gleiche.

Ebenso behandelt die höchstrichterliche Rechtsprechung den Zustand verminderter Schuldfähigkeit. Teilweise wird verlangt, es müsse an der Einsichtsfähigkeit fehlen, teilweise reicht die Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit aus (Beispiele bei Rengier, FS Küper, S. 483; für eine Abkoppelung des Ausnutzungsbewusstseins von den Kriterien der §§ 20, 21 StGB: MüKo-Schneider § 211, Rn. 183 - 185).

Indizien, die gegen ein Ausnutzungsbewusstsein sprechen, können sein

- ein spontaner Tatentschluss (BGH NStZ-RR 2012, 270 und 693; 2013, 232)

- der Wille des Täters, seinem eigenen Leben ein Ende zu setzen (BGH NStZ 2006, 503, 504)

- die Ankündigung des Täters des gewaltsamen Übergriffs gegenüber dem Opfer (BGH NStZ 2007, 268, 269; zum Ganzen: Lackner/Kühl, § 211, Rn. 9)
- der 2. Strafsenat des BGH – 2 StR 5/13 = NStZ 2013, 709 – mahnt bei hochgradigem Erregungszustand des Täters eine Gesamtwürdigung aller Umstände an.

C. Fazit

Es zeigt sich, dass es – im Hinblick auf die richterliche Bewertung, Ausnutzungsbewusstsein anzunehmen – keinerlei feste Kriterien gibt. Bedenkt man, dass der weitaus größte Anteil der Tötungsdelikte im sozialen oder gar familiären Nahbereich liegt, die Taten regelmäßig mit affektiven Zuständen der Beteiligten einhergehen, in Konflikt und Krisenlagen geboren werden, so stülpt man mit dem objektiven Tatmerkmal der Heimtücke einem – regelmäßig hoch-emotionalen – Geschehen einen kasuistischen Fremdkörper über, der der Dramatik oder auch Tragik der Umstände der meisten Fälle dieser Art nicht gerecht werden kann.

Die „Zeitregel“ bei der Arglosigkeit ist aufgebrochen.

Der Überraschungseffekt wird hypostasiert: Auch der offene Angriff ist heimtückisch, wenn er dem Opfer keine Chance lässt, das soll unabhängig von Konflikt-, Spontan- und Verzweifelungshandlungen gelten können.

Was es faktisch und im Hinblick auf die Höchststrafwürdigkeit bedeutet, wenn das Opfer noch eine Chance hatte, und dann doch getötet wird, bleibt im Dunkeln (vgl. oben: BGH 3 StR 425/11); dass der Täter sein Opfer erst verprügelt hat, scheinbar entweichen lässt, um es unmittelbar zu verfolgen und ihm die Kehle durchzuschneiden, zeigt in der Subsumtion die Grenzen der Kasuistik (hier: Verdeckung und Heimtücke) auf.

Zum Merkmal der Verdeckung in § 211 Absatz 2 StGB

A. Einleitung

Die Expertenkommission hat sich in ihrem Programm dazu entschlossen, sich zunächst einzelnen – besonders problematischen – Tatbestandsmerkmalen des Mordtatbestandes zuzuwenden – insbesondere Verdeckung, Heimtücke, niedrige Beweggründe –, um sodann sich grundsätzlicheren Betrachtungen zu der neu zu regelnden Rechtsmaterie zuzuwenden.

Dabei sollte die Interdependenz der beiden Betrachtungsebenen nicht aus dem Blick geraten.

Ich habe in meinem Referat vom 29.04.2014, das zwischenzeitlich in den Kammermitteilungen der RAK Düsseldorf¹ publiziert ist, formuliert:

„Wir sind uns bei unserem Reformanliegen bewusst, dass die Unterscheidung von Tötungsdelikten nach ihrem Gewicht an Bedeutung abnimmt, je mehr sich die Höchststrafe – lebenslang – einer zeitigen Freiheitsstrafe annähert und je mehr der minder schwere Fall sich in seinem Sanktionsrahmen mit dem Tötungstatbestand überschneidet“. In dieser Grundeinschätzung kann ich mich auf Geilen stützen, der bereits 1980² ausgeführt hat:

„Wird das ‚Lebenslänglich‘ nicht beibehalten – oder entfällt auch nur seine dem heutigen § 211 entsprechende Verabsolutierung, indem es nur in modifizierter Form als Strafbarkeitsalternative neben einer auch möglichen Freiheitsstrafe übernommen wird –, kann man auf eine ausgefeilte Kasuistik oder auf eine Aufzählung dementsprechender Regelbeispiele als Fortschreibung des heutigen § 211 verzichten. Der jetzt sehr weitgehende, mit einer gewissermaßen qualitativen Aliudwirkung verbundene ‚Sanktionssprung‘ (...) würde dann von einem sicherlich weitgespannten und im Hinblick auf den Lebensschutz bis zum Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmen abgelöst werden.³ (...)“

(Es) lohnt sich der bisherige gesetzestechnische Aufwand nicht mehr, zumal dann zu erwarten ist, dass aus sachlichen, aber auch aus Kontinuitätsgründen die als Tatbestandsproblem abgeschaffte Mordkasuistik bei der Strafzumessung nach- und weiterwirken wird. Damit würde als Konsequenz nur die Möglichkeit einer zweistufigen Lösung übrigbleiben, mit der weiteren Folge, dass das heute etwas einseitige, im Hinblick auf die alternativen Privilegierungsmöglichkeiten des § 213 nicht ganz ausgewogene Interesse an den Mordmerkmalen nachlässt und sich in umgekehrter Richtung auf die Ausarbeitung einer gegenüber dem heu-

¹ Dort Heft 2/2014, S. 139

² Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikte, JR 1980, 309, 314

³ In dieser Richtung bereits 1922 E Radbruch § 218

tigen § 213 verbesserten Privilegierungsvorschrift verlagert“ (Letzteres bezieht sich auf den Gesetzeszustand vor dem 6. StRRG).

Geilen hat – in diesem Aufsatz – nicht an Kritik an der Rechtsprechungsentwicklung zum Mordmerkmal der Verdeckung gespart, gleichzeitig aber darauf aufmerksam gemacht, dass die – berechnete – Kritik an diesem Merkmal weitgehend leerläuft, wenn man berücksichtigt, dass eine Vielzahl von Fällen, die die Annahme der Verdeckung begründen⁴, zugleich auch den Ermöglichungstatbestand erfüllen. In Wahrheit ginge es ohne Rücksicht auf das formale Subsumtionsergebnis um ein materielles Werturteil, nämlich um die Einstufung einer motivatorisch mit der Selbstbegünstigung⁵ zusammenhängenden Tötung.

B. Hauptteil

I. Historische Entwicklung

Es war stets deutlich, dass der „qualitative Sanktionssprung“ von der Freiheitsstrafe zur Todesstrafe die Wechselwirkung von Tatbestand und Sanktion begründete: Die absolute Strafandrohung, der sog. „Sanktionssprung“, erforderte eine möglichst (trenn-)scharfe Abgrenzung von Mord und Totschlag. Diese Abgrenzung ist auf der Basis von Feuerbachs Entwurf aus dem Jahre 1810 im Jahre 1813 in Bayern über die Merkmale des Vorbedachts (Entschlussfassung) und der Überlegung (Ausführung) vollzogen worden⁶. Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 unterschied mit dem Überlegungsbegriff zwischen Mord und Totschlag (§§ 175 und 176) und sah in § 178 eine eigenständige Regelung für die Tötung zur Ermöglichung eines Verbrechens oder Vergehens oder die Ergreifungsverhinderung auf frischer Tat vor: *„Wer bei Unternehmung eines Verbrechens oder Vergehens, um ein der Ausführung desselben entgegengesetztes Hinderniß zu beseitigen, oder sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit dem Tode bestraft“*.

Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 hat wiederum das Überlegungsprinzip als mordqualifizierendes Merkmal verwandt (§ 211, Rechtsfolge Todesstrafe) und mit der Sonderregelung des § 214 „Totschlag bei Unternehmung eines **Verbrechens**“ diesen Tatbestand ausdrücklich **nicht als Mord** definiert: *„Hat der Täter den Totschlag bei Unternehmen eines anderen Verbrechens begangen, um ein der Ausführung entgegengetretenes Hindernis zu beseitigen oder der Entdeckung oder Ergreifung zu entgehen oder um sich die Vorteile der Tat zu erhalten, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus.“*

⁴ Zur Differenzierung vgl. die Ausführungen von Janzarik (unten Fn. 49)

⁵ Umstritten ist, ob die Selbstbegünstigung in diesem Kontext einen strafmildernden zu berücksichtigenden Aspekt darstellt: Mitsch, AK StGB, 2011, § 211 Rn. 69 m.w.N.; a. A. MK-Schneider § 211 Rn. 167 ff.

⁶ Linka, Mord und Totschlag (§§ 211-213), 2008, S. 12 ff., 14

Der Entwurf von Carl Stooss aus 1891 siedelt die Verdeckung oder Erleichterung eines anderen **Verbrechens** im Mordparagrafen an.⁷

Erst im Jahre 1941 wird die geltende Fassung aus der Gruppe 3 des § 211 Abs. 2 geschaffen („*Um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken*“), Abs. 1 („*Der Mörder wird mit dem Tode bestraft*“) weist – neben dem Tätertyp „Mörder“ – auf den Sanktionsvorrang hin; die Norm wird von der Sanktion her definiert. Diese Kombination: Tätertyp und Sanktion, wird auch noch in der Fassung vom 1. September 1969 beibehalten:

„*Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft*“.

Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (26. Januar 1998, BGBl. I 1998, S. 164) ändert an den §§ 211, 212 StGB nichts.

Das Bild, das sich daraus ergibt, ist durchaus vielgestaltig, man kann nicht von einer Gesetzgebungstradition im Hinblick auf das Verdeckungsmerkmal sprechen, teilweise spielt der Kumulationsgedanke eine Rolle (Tötung anlässlich der Begehung eines Verbrechens: § 214 RStGB 1871, Entwurf Carl Stooss)⁸. Man kann davon ausgehen, dass beim Merkmal der Überlegung auch solche Aspekte wie die der Ermöglichung und Verdeckung einer anderen Straftat berücksichtigt wurden, aber das sollte für Konflikt- und Spontantaten nicht unbedingt gelten.

Eine kontinuierliche Bedeutung des Verdeckungsmerkmals als Kriterium für die Höchststrafwürdigkeit einer Tötungshandlung gibt es also nicht, obwohl das Phänomen ebenso überdauert wie die Existenz eines strafverfolgenden Staates, dessen Tätigkeit durch die Tatmodalität erheblich erschwert wird. Auch der Bedeutungswandel dessen, was in diesem Kontext besondere Strafwürdigkeit begründen soll, ist nicht unerheblich: Die Verhinderung, auf frischer Tat ergriffen zu werden (Flucht)⁹, wird in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eher nicht unter „Verdeckung“ subsumiert¹⁰. Dass der Täter der Entdeckung und Ergreifung entgehen will, wird in § 214 RStGB 1871 gerade nicht als höchststrafwürdig qualifiziert.

II. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1977, BVerfGE 45, 187, 259 ff.¹¹, ist mit seiner Forderung, das Verdeckungsmerkmal restriktiv auszulegen in der Rechtspre-

⁷ Deckers, KammerMitteilungen RAK Düsseldorf, Heft 2/2014 S. 137 ff.

⁸ Zum Preußischen Allgemeinen Landrecht vgl. Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1980, S. 71

⁹ Preußisches Strafgesetzbuch von 1851

¹⁰ BGH GA 1979, 108; NStZ 1985, 166; NJW 1991, 1189; vgl. aber BGH NJW 1999, 1039, 1040 f.

¹¹ In BVerfG NJW 2009, 1061 hat sich das Gericht ausdrücklich nicht mit dem Tatbestandsmerkmal der Verdeckung befasst

chung des Bundesgerichtshofes nicht dauerhaft umgesetzt worden. Die Restriktion ist gescheitert.

Im Einzelnen:

Ausgehend von dem Rechtssatz, dass jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen muss¹², hat das Bundesverfassungsgericht – bezogen auf das Tatbestandsmerkmal der Verdeckung – konstatiert, dass die Rechtsprechung der Fachgerichte bereits eine restriktive Auslegung gepflegt habe und gefordert, dass diese auch weiter fortentwickelt werde. Da – im Grundsatz – der Gesetzgeber durch die Koppelung der Tatbestandsmerkmale mit der exklusiv-absoluten Strafandrohung den Tatgerichten die Aufgabe der Strafzumessung abgenommen hat – was eben auch für die Verdeckung als Tatbestandsmerkmal gilt –, kann der Tatrichter – de lege lata – nur über die restriktive Auslegung solchen Fällen gerecht werden, die nicht auf höchststrafwürdiger Stufe stehen. Das Bundesverfassungsgericht nennt Aspekte des Konflikts, in dem der Täter – regelmäßig – stehe, auch könne eine mildere Beurteilung unter dem Gesichtspunkt der straffreien Selbstbegünstigung naheliegen¹³. Andererseits sei eine besonders hohe Gefährlichkeit sowie eine besonders verwerfliche Gesinnung zu konstatieren, zumal wenn es sich bei der zu verdeckenden Straftat um ein verhältnismäßig geringfügiges Delikt handele¹⁴.

Allerdings seien weitere restriktive Auslegungskriterien denkbar, die die Tatgerichte anwenden könnten, um die Verfassungsgemäßheit des Merkmals zu stabilisieren:

Verdeckung sei nur anzunehmen,

- wenn die Tötung im Voraus geplant ist,
- das generell umschriebene Merkmal der besonderen Verwerflichkeit¹⁵ wieder eingeführt werde
- oder eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafandrohung entsprechende Interpretation gefunden werde.

Diese Restriktionen vorzunehmen, sei Aufgabe des für die Auslegung von Strafrechtsnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofes¹⁶.

¹² BVerfGE 45, 228 m.w.N.

¹³ BVerfGE 45, 265

¹⁴ BVerfG a.a.O.

¹⁵ Vgl. dazu auch: Mitsch, Die Verfassungswidrigkeit des § 211, JZ 2008, 336, 339

¹⁶ BVerfGE 45, 267

III. Es war vor allem der 2. Strafsenat des BGH der sich an den verfassungsgerichtlichen Vorgaben restriktiver Auslegung versuchte. Diese erfolgte auf zwei Ebenen:

1. Namentlich in Fällen, in denen die Angriffsrichtung des Vordelikts bereits gegen das Tatopfer selbst gerichtet war, wurde – wegen des Tatbestandserfordernisses der „anderen Tat“ – eine Zäsur verlangt, nach der der Täter einen neuen Tatentschluss fassen musste, der sich nun gegen das Leben des Tatopfers richtete¹⁷.

2. Von dieser Linie ist der 2. Senat in einer späteren Entscheidung wieder abgerückt¹⁸ und hat das Tatbestandsmerkmal der Verdeckung als bestimmtes Merkmal der „sonstigen niedrigen Beweggründe“ verstanden, was den Weg zu einer Gesamtwürdigung bezogen auf die besondere Verwerflichkeit der Tat eröffnen sollte¹⁹.

3. Der 1. Strafsenat des BGH hat sich allerdings in der Entscheidung vom 23. November 1995²⁰ ausdrücklich gegen eine solche Gesamtwürdigung ausgesprochen und Verdeckungsmord auch dann angenommen, wenn die Tötungshandlung sich gegen Personen richtet, von denen selbst eine Entdeckung nicht zu befürchten sei.

In die Ansätze restriktiver Auslegung spielten die Aspekte des Konflikts, der Spontaneität, des inneren Zusammenhangs zwischen Vordelikt und Tötungshandlung, sowie das Merkmal der Überlegung (Planung) hinein. Die Rechtsprechung ist von den anderen Senaten des BGH nicht übernommen worden²¹, die relativ scharf umrissenen Faktoren sollten die Abwesenheit einer überlegten, besonders verwerflichen Tat indizieren²², eine umfassende Restriktion des Verdeckungsmerkmals sollen sie aber in der Praxis nicht bewirkt haben²³. Lackner/Kühl²⁴ sehen im Misslingen der Restriktionsversuche – etwa auch des Modells der doppelten (finalen und psychologischen) Motivprüfung von Groth²⁵ – eine weitere Bestätigung für die Reformbedürftigkeit der Tötungstatbestände.

¹⁷ BGH St 27, 346

¹⁸ BGH St 35, 116

¹⁹ BGH St 35, 116, 126; Vgl. dazu: Rüping, Zur Problematik des Mordtatbestands, JZ 1979, 617 ff., 618;

²⁰ BGH St 41, 358, 361; vgl. dazu auch: BGH NStZ-RR 2009, 173, 174

²¹ Vgl. dazu Lackner/Kühl, 2014, § 211 Rn 13

²² Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 151ff., 160 f.

²³ Sotelsek a.a.O.

²⁴ a.a.O.

²⁵ Groth, Der Verdeckungsmord als doppelmotivierter Handlungsakt, 1993, S. 179

Randbemerkung:

In der Praxis der Strafverteidigung ist mir ein markanter Fall aus jener Zeit zwischen BGHSt 27 und BGHSt 35 in Erinnerung, in dem die Erfordernisse der „Zäsur“ und der „Überlegung“ vor dem Tötungsentschluss als Ergebnis einer gezielten Befragung durch die Kriminalpolizei beim geistig minderbemittelten – heranwachsenden – Beschuldigten in der Vernehmung „generiert“ worden sind. Die Befragung des Vernehmungsbeamten durch die Verteidigung wiederum ergab in diesem Fall, der vor dem Landgericht Essen spielte, dass dem Vernehmungsbeamten die Voraussetzungen der Rechtsprechung des 2. Strafsenats bestens bekannt waren und sich in der Vernehmungsniederschrift in einer Art „Pygmalion-Effekt“ niedergeschlagen hatten. Nach dieser Befragung durch die Verteidigung stellte der Jugendkammer als Schwurgerichtskammer nach § 265 StPO den Mordvorwurf in einen Totschlagsvorwurf um. Es fragt sich, ob solche Fälle in die von Sotelsek postulierte Diagnose der „Ineffizienz“ der vom 2. Strafsenat des BGH vorgegebenen restriktiven Auslegungskriterien eingeflossen sind.

In aktuellen Kommentierungen wird einhellig vertreten, dass das Merkmal der Überlegung für die Auslegung nicht heranzuziehen sei, das Prinzip der Selbstbegünstigung nicht zu berücksichtigen sei, eine „Zäsur“ nicht erforderlich sei²⁶. Eine negative Typenkorrektur (Gesamtwürdigung unter dem Aspekt der Verwerflichkeit) lehnt der BGH seit jeher ab²⁷. Unklar bleibt auch, ob die Verdeckung ein benanntes Regelbeispiel der „sonstigen niedrigen Beweggründe“ darstellt²⁸ und deshalb einer Gesamtwürdigung unterliegen muss. Der jüngeren Tendenz in der BGH-Rechtsprechung, eine Restriktion über das Merkmal „andere Tat“ zu unternehmen, hat Eschelbach²⁹ eine instruktive Kommentierung gewidmet.

Sternberg-Lieben³⁰ resümiert, dass diese Kehrtwendungen nur die Unzulänglichkeit solcher merkmalsimmanenter Restriktionen belegen, die eine Gesamtwürdigung von Tat und Täter nicht ersetzen können.

²⁶ Fischer § 211 Rn. 68 m. Hinw. auf BGHSt 35, 116; NJW 1999, 1039, 1041; 1 StR 3/07, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 51, 367; Lackner/Kühl § 211 Rn. 12; S/S/Eser/Sternberg-Lieben Rn. 32a zweifelnd, ob das Erfordernis der Zäsur nicht doch in einigen Entscheidungen des BGH „fortlebe“: BGH NJW 1992, 920; NSTZ-RR 1998, 67; StV 2001, 553, die, wenn sie vorliege die Annahme einer die Verdeckung ausschließenden einheitlichen Tötungshandlung hindere. Wiederum werde die Annahme einer „anderen Tat“ verneint, wenn der Täter nur diejenige verdecken wolle, die er gerade begeht (BGH NSTZ 2000, 498; 2002, 253; 2003, 259); es sei denn, die sich der Vortat anschließende Tötung sei von vornherein geplant gewesen (BGH NJW 2001, 763). Einerseits werde in einer weiteren Entscheidung auf die deutliche zeitliche Zäsur sowie das Vorliegen eines neuen Tatentschlusses abgestellt (BGH NSTZ Nr. 44), andererseits soll es trotz zeitlicher Zäsur an einer „anderen Tat“ fehlen, wenn es der Täter lediglich unterlässt eine durch vorangegangenes Tun in Gang gesetzte Kausalkette zu unterbrechen (BGH NJW 2003, 1060= NSTZ 2000, 312 m. Anm. Wilhelm in NSTZ 2005, 177; Freund NSTZ 2004, 123; vgl. auch BGH NSTZ-RR 2009, 239)

²⁷ BGHGSSt 48, 207 ff.; dazu: Fischer § 211 Rn. 5 u. 53f.

²⁸ S/S/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn. 32 a

²⁹ Heintschel-Heinegg-Eschelbach, 2010, § 221 Rn. 84; die Kommentierung zeigt zugleich die Abgrenzungsschwierigkeiten auf.

³⁰ § 211 Rn 32 b

4. Aber nicht nur das Misslingen der Restriktion spricht dagegen, dass eine verfassungsgemäße Anwendung des Tatbestandsmerkmals „Verdeckung“ bisher gelungen ist, oder überhaupt gelingen kann. Vielmehr streitet die Tendenz, den Anwendungsbereich des Verdeckungsmerkmals auszubreiten, geradezu dagegen.

Es sind anzuführen:

- Die Annahme, Verdeckung könne auch dann vorliegen, wenn es dem Täter nicht darum geht, sich der Strafverfolgung zu entziehen, sondern er außerstrafrechtliche Konsequenzen der anderen Tat vermeiden will³¹.
- Tötung und die andere Tat müssen nicht in Tatmehrheit stehen, verdeckt werden kann auch eine tateinheitlich begangene Tat³².
- Verdeckungsabsicht ist grundsätzlich mit bedingtem Vorsatz vereinbar³³; dies gilt indes nicht, wenn nach der Tätervorstellung der Verdeckungserfolg nur durch den Tod des Opfers erreichbar ist³⁴; anders kann es wiederum sein, wenn der Täter das ihn kennende Opfer einsperrt, oder sich die Verdeckung auch ohne den Tod des Opfers erreichen lassen³⁵.
- Es soll zwar grundsätzlich allein auf die Vorstellung des Täters, nicht auf die objektive Sachlage ankommen³⁶, umgekehrt wäre dann konsequenterweise diese Absicht zu verneinen, wenn der Täter aus irgendwelchen Gründen die „andere Tat“ für nicht verfolgbar oder nicht strafbar hält, eine Folgerung, die offensichtlich nicht gezogen wird³⁷. Auch sieht der BGH Verdeckung als gegeben an, wenn die Vorstellung des Täters gänzlich unbekannt ist, andere die Tat bestimmende Motive aber nur als theoretische Möglichkeiten erscheinen und ein die Tat provozierendes Opferverhalten als „persönlichkeitsfremd“ zu qualifizieren ist³⁸.

³¹ BGHSt 41, 8, 9

³² BGH NStZ 2003, 371 f.; StraFo 1999, 100

³³ BGH NStZ 2004, 495, 496; BGHSt 56, 277

³⁴ BGH NStZ 2004, 495, 496; zum Ganzen: Fischer § 211 Rn 79 a

³⁵ Ausnahme von der Ausnahme: BGH NJW 1989, 343; 2000, 1730 f., äußerst kritisch dazu: Geilen, Bedingter Tötungsvorsatz bei beabsichtigter Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat (§211) in FS Lackner, S. 571 ff, 588ff.; vgl. auch BGH NStZ-RR 1996, 131 zur Aussetzung

³⁶ BGHSt 56, 239 - 1 StR 50/11- = NStZ 2011, 579 (Tat ist entdeckt, dem Täter kommt es aber darauf an, seine eigene Täterschaft zu verbergen; Täter handelt mit der Vorstellung der Entdeckungsvereitelung; S/S/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn 33 (Strafbarkeit bzw. Verfolgbarkeit der „anderen Tat“, „Entdecktsein“, „Eignung der Tötungshandlung“))

³⁷ S/S/Eser/Sternberg-Lieben a.a.O.; vgl. aber BGH 2 StR 239/10 NStZ-RR 2010, 372

³⁸ BGH NStZ 2012, 49 – 3 StR 120/11

- Verdeckung liegt auch dann vor, wenn das Opfer der Tat dieselbe bereits einer dritten Person berichtet hat³⁹; ebenso, wenn die Tat zwar entdeckt, dies aber nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang erfolgt ist⁴⁰.

- Die Ausdehnung auf Ordnungswidrigkeiten als Ausgangsdelikt hat der BGH allerdings bisher abgelehnt⁴¹. Eschelbach⁴² formuliert eindeutig: „Verdeckungsmord ist kein gegen die staatliche Rechtspflege gerichtetes Delikt“⁴³.

C. Resümee:

Gerade beim Merkmal der Verdeckung ist die durch das Bundesverfassungsgericht eingeforderte Restriktion nicht gelungen. Eine merkmalsimmanente Restriktion scheint schon deshalb nicht möglich, weil unklar bleibt, was unter Verdeckung zu verstehen ist⁴⁴, und die höchstrichterliche Rechtsprechung einem bunten Flickenteppich gleicht. Geilen⁴⁵ spricht von einem „mitunter kaum noch berechenbaren Lotteriespiel“ bei der Handhabung des Mordtatbestandes. Wenn in diesem Kontext Sowada⁴⁶ eine „Erklärungslücke“ sieht, die sich durch „generalpräventive Erwägungen schließen“ lasse, „die auf eine verdeckungstypische Gefährlichkeitsbetrachtung gegründet sind“⁴⁷, so ist dem mit Rüping⁴⁸ entgegenzuhalten, dass unter dem Aspekt der Gefährlichkeit die Strafe die Funktion einer Sicherungsmaßregel übernimmt, sie in einem zweiseitigen System eine Strafsanktion also nur legitimieren kann, soweit sie vorwerfbar ist. Gerade dies dürfte für Spontanhandlungen und Konfliktfälle besonders problematisch sein⁴⁹, zumal wenn der Täter zuvor provoziert worden ist. Grünewald kritisiert am Gefährlichkeitsaspekt, dass er zwar rationaler erscheine, sich aber mit seiner Präventionsorientierung nicht auf empirisches Material stütze, sondern mit Alltagstheorien und Plausibili-

³⁹ BGHSt 50, 11 – 1 StR 327/04, m. krit. Anm. Kudlich JuS 2005, 659 ff.

⁴⁰ BGHSt 56, 239 m. zust. Anm. Steinberg JR 2011, 490 ff.; eher kritisch: Brand NStZ 2011, 698

⁴¹ BGHSt 28, 94; NStZ-RR 2004, 333; Fischer § 211 Rn. 63 m.w.N.

⁴² A.a.O. Rn. 82, da das Verdeckungsmotiv ein häufig vorkommender Tatanreiz sei, sei auch aus generalpräventiven Gesichtspunkten eine strenge Strafandrohung gerechtfertigt.

⁴³ A.A. Mitsch AK StGB § 211 Rn. 73: „... verengt sich der Bedeutungsgehalt der Verdeckungsabsicht auf eine Strafvereitelungsabsicht.“

⁴⁴ Vgl. dazu die recht fundamentale Kritik von Geilen, a.a.O.

⁴⁵ A.a.O. S. 595

⁴⁶ Zur Strafbarkeit wegen Mordes bei strafvereitelungsfremdem Vereitelungszweck, JZ 2000, 1035, 1039

⁴⁷ Mit Hinweis auf Mitsch JuS 1996, 213, 216f.; H. Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, 107 f.; kritisch: Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 49: „Konkurrenzlösung liegt durchaus näher, dürfte zudem sachgerechter sein und entspricht dem sonst üblichen Vorgehen.“

⁴⁸ Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 617 ff, 619; Rüping konstatiert: „Das Rechtsgut Leben kennt gegenüber dem einfachen Totschlag keine Steigerung“

⁴⁹ Vgl. dazu: Janzarik, Die Mordmerkmale aus der Sicht des psychiatrischen Sachverständigen, Nervenarzt 1992, 656 ff, 666 f.: „Menschenkundlich gesehen, liegt die Besonderheit gegenüber der Ermöglichungsabsicht darin, dass die Verdeckungsabsicht oft aus emotional bereits bewegten Handlungszusammenhängen heraus in einem („affektiv“) aufgeladenen und eingegengten psychischen Feld entsteht, in dem die freie Verfügung über mögliche Lösungswege eingeschränkt sein kann und kurzschlüssige Primitiventscheidungen sich vordrängen. Hier muß psychischen Störfaktoren mehr Bedeutung für die Vergegenwärtigung und Erfassung der Tatumstände zugemessen werden als bei uneingeschränkter Desaktualisierungsfähigkeit in der von Dynamik weniger belasteten Entscheidung für eine Tötungshandlung, die den Weg für andere Straftaten freimachen soll.“

täterwägungen arbeite. Das Gefährlichkeitskriterium stehe, bei näherer Betrachtung, dem Verwerflichkeitskriterium an Irrationalität kaum nach⁵⁰.

Ein empirischer Nachweis zur besonderen Häufigkeit von Tötungen zur Verdeckung ist bisher nicht erbracht, die von Janzarik⁵¹ aufgezeigte Konstellation erscheint zudem eher den Regelfall zu beschreiben, so dass das Tatbestandsmerkmal gerade am Ausnahmefall anknüpft. Die Vermeidungsstrategie von Tatgerichten könnte darin ihre – logische – Erklärung finden.

Besonders irrational erscheint der Aspekt vom „krassen Missverhältnis“ zwischen Tötung und eigentlichem Ziel (Verdeckung einer Bagatelltat/Ordnungswidrigkeit), der als „allgemeine Formel“ offen für beliebige Wertungen ist⁵², sie lässt die allgemeine Verwerflichkeit der Tat den Ausschlag geben, der Mord wird zum Regelfall⁵³. Sie steht im diametralen Gegensatz zum Kumulationsgedanken, dem Aspekt der mehrfachen (gravierenden) Rechtsgutsverletzung.⁵⁴

Abschreckung (negative Generalprävention)⁵⁵ mit einem in der Rechtsprechung oszillierenden Tatbestandsmerkmal betreiben zu wollen, führt zu nichts.

Das gleiche gilt für die als Normstabilisierung zu verstehende positive Generalprävention⁵⁶, welches Verständnis des Verdeckungsmerkmals soll normativ vermittelt werden? Die Integrationsprävention soll das Wertbewusstsein gerade durch eine gerechte Strafrechtspflege vermitteln⁵⁷, das ist mit einem „Lotteriespiel“ (Geilen) nicht zu erreichen.

Der verfassungsgerichtliche Anspruch einer restriktiven Auslegung des Verdeckungsmerkmals ist nicht gelungen, die Restriktionsbemühungen sind nicht nur wieder auf einem Nullpunkt angelangt⁵⁸, sondern die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dehnt den Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals eher aus – mit partiellen Einschränkungen –, wie es besonders an der Rechtsprechung zur Verdeckung durch Unterlassen aufgezeigt werden kann: Nach herrschender Meinung kann der Tatbestand des Verdeckungsmordes

⁵⁰ A.a.O. S. 57

⁵¹ Fn. 49

⁵² Rüping a.a.O. S. 620

⁵³ Geilen, FS Bockelmann, 1979, S. 613, 642; ebenso kritisch: Grünewald, a.a.O. S. 48: „plakative Begrifflichkeiten, denen kaum mehr als eine floskelhafte Funktion zuzusprechen ist“ m. Hinweis auf MK-Schneider § 211 Rn. 10; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 116

⁵⁴ Rüping a.a.O.; BGHSt 27, 346, 349; NJW 1978, 2105

⁵⁵ Was in der Literatur gegenüber der negativen Generalprävention an Bedenken angebracht wird, bezieht sich nicht nur auf die Strafbemessung sondern auch auf präventive Überlegungen für die Legitimation des Strafrechts als solchem – hier: des einzelnen Tatbestandsmerkmals, vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 2012, Rn. 808, Fn. 661 und 662

⁵⁶ Dies. Rn. 806: die Rechtsordnung zu verteidigen, das Recht durchzusetzen und so zur Erhaltung der Rechtsstreue beizutragen

⁵⁷ Dies. Rn. 809

⁵⁸ S/S/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn 32 a m.w.N.

auch durch Unterlassen begangen werden⁵⁹. Die einschränkende Entscheidung des BGH, die besagte, Verdeckung verlange aktives Zudecken⁶⁰, ist aufgegeben worden, ebenso das Erfordernis, die Tötung müsse „das Mittel der Verdeckung und nicht nur die Folge eines anderen Mittels“ sein⁶¹. Auch, dass den Täter, der einen Tötungserfolg zumindest bedingt vorsätzlich herbeigeführt habe, schon keine Rechtspflicht zum Handeln träfe, es also an der Garantenstellung fehle⁶², treffe nicht zu⁶³. Gleichzeitig vermeidet die Rechtsprechung das Ergebnis der Mordverurteilung in Unterlassensfällen oftmals⁶⁴, so fehle es schon an einer „anderen Tat“, wenn der Täter eines bedingt vorsätzlichen Totschlagsversuchs anschließend erforderliche Rettungsmaßnahmen mit Verdeckungsabsicht unterlässt, auch wenn zwischen Handlungs- und Unterlassungsteil eine zeitliche Zäsur liegt⁶⁵. Sotelsek spricht von „Unberechenbarkeit im Dienste der Einzelfallgerechtigkeit“⁶⁶, und charakterisiert damit die Unbestimmtheit des Normappells, der von diesem Merkmal ausgeht.

Jegliche Strafvereitelung zum Tatbestandselement für eine höchststrafwürdige Tötungshandlung zu erheben, verstößt m.E. gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Angemessenheit zwischen Schuld und Strafe, unter Konkurrenzgesichtspunkten fällt die Strafvereitelung gegenüber der Tötung kaum ins Gewicht, wie erst soll sie dann den Sanktionssprung rechtfertigen⁶⁷?

Die von Sternberg-Lieben⁶⁸ eingeforderte „Gesamtwürdigung von Tat und Täter“ bei einem Verdeckungssachverhalt ist – de lege lata – nicht eröffnet, sie wäre bei einer Strafzumessungslösung selbstverständlich, bei Anwendung der Regelbeispielstechnik möglich⁶⁹.

Die Strafzumessungslösung hätte den Vorzug, dass die Aspekte der negativen (Sicherung/Legalbewährung) und positiven (Wiedereingliederung) Spezialprävention mit einbezogen werden könnten, was – mangels einer gesetzlichen Regelung zum Zweck⁷⁰ der Strafe – beim Regelbeispiel nicht eröffnet wäre.

Ich spreche mich entschieden gegen die Beibehaltung des Verdeckungsmerkmals als Tatbestandsmerkmal aus.

⁵⁹ BGHSt 38,356, 358 ff; Fischer § 211 Rn. 72 (m.w.N. zum Streitstand); S/S/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rn. 35b; Lackner/Kühl § 211 Rn. 15; MüKo-Schneider § 211 Rn. 243 m. Hinw. auf BGHSt 41, 358, 360 ff.; abl. Grünwald GA 2005, 502 ff., 504; Freund NSTZ 2004, 123, 125f.; Roxin FS Lüderssen, 2002, 584 f.; Satzger/Schmitt/Widmaier/Mommsen, 2009, § 211 Rn. 68

⁶⁰ BGHSt 7, 287

⁶¹ Vgl. Fischer § 211 Rn. 72 m.w.N.

⁶² So BGH (1. StS) NSTZ-RR 1996, 131 zu § 221

⁶³ BGH (2. StS) NSTZ 2004, 89, 91; zust. Schneider NSTZ 2004, 91 f; Fischer a.a.O.

⁶⁴ Heintschel-Heinegg-Eschelbach § 211 Rn. 92; BGH NJW 2000, 1730, 1732; 2003, 1060, 1061

⁶⁵ BGH NSTZ-RR 2009, 239 (1. StS); BGH StraFo 2007, 123, 124 (4. StS); Fischer § 211 Rn. 72; H/H-Eschelbach a.a.O.

⁶⁶ A.a.O. S. 155

⁶⁷ Sotelsek a.a.O. S. 151: "Zudem vergrößert die Vereitelung staatlicher Strafverfolgungsansprüche bzw. privater Restitutionsansprüche das Unrecht gegenüber der Tötung als solcher kaum"

⁶⁸ S.o. Fn. 24

⁶⁹ Rüping a.a.O. S. 621 m. w. Hinw.

⁷⁰ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Rn. 802

2. Prof. Dr. Dieter Dölling

Zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis

Zur Frage, wie die Mordmerkmale in der Praxis angewendet werden, liegen nur wenige empirische Untersuchungen vor. Im Folgenden sollen nach einem Überblick über die Entwicklung der registrierten Tötungskriminalität einige Befunde dargestellt werden, die für die kriminalpolitische Beurteilung der Mordmerkmale von Bedeutung sein könnten. Da die zugrunde liegenden Untersuchungen überwiegend älter sind und verhältnismäßig geringe Fallzahlen aufweisen, müssen die Befunde mit großer Vorsicht interpretiert werden.

Zur **Entwicklung** der Tötungsdelikte ist festzustellen, dass die in der Polizeilichen Kriminalstatistik registrierten vorsätzlichen Tötungsdelikte nach einem Anstieg bis in die achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in den letzten Jahren zurückgegangen sind (vgl. Tabelle 1).¹

Tabelle 1: Entwicklung der vorsätzlichen Tötungsdelikte (§§ 211 bis 217 StGB) nach der Polizeilichen Kriminalstatistik 1953 bis 2013

Jahr	N	Häufigkeitszahl
1953	1.048	2,1
1958	1.048	1,9
1963	1.391	2,4
1968	1.910	3,2
1973	2.754	4,4
1978	2.564	4,2
1983	2.768	4,5
1988	2.543	4,2
1993	4.259	5,3
1998	2.897	3,5
2003	2.541	3,1
2008	2.266	2,8
2013	2.122	2,6

Quelle: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik 1953 – 2013*

¹ Siehe zur Entwicklung der Tötungsdelikte auch *Laue*, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 2 (2008), S. 76-84.

Bei der Interpretation der Polizeilichen Kriminalstatistik ist allerdings zu berücksichtigen, dass es nur bei einer Minderheit der Taten, die von der Polizei als vorsätzliches Tötungsdelikt registriert werden, zu einer Verurteilung wegen Mordes oder Totschlags kommt. So zeigte z. B. eine Untersuchung über die Taten, die von der Polizei in Mecklenburg-Vorpommern 1998 und 1999 als vorsätzliche Tötungsdelikte registriert wurden, dass lediglich in einem Viertel dieser Fälle eine Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tötungsstraftat erfolgte (siehe Tabelle 2) Der „Fallschwund“ ist bei als Totschlag registrierten Taten besonders groß, aber auch beim Mord sehr erheblich. Der Grund für diesen „Fallschwund“ besteht vor allem in „Umdefinitionen“. So wird z. B. aus dem Vorwurf des versuchten Totschlags eine Verurteilung wegen Körperverletzung.²

Tabelle 2: Definitionsänderungen in Strafverfahren wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte

Definitionsebene	§ 211 StGB	§ 212 StGB	insgesamt
Polizei	36	98	134
Anklage	26	31	57
Verurteilung	15 = 42 %	19 = 19 %	34 = 25 %

Quelle: Hess, Erscheinungsformen und Strafverfolgung von Tötungsdelikten in Mecklenburg-Vorpommern, 2010, S. 157

Die Zahl der Verurteilungen wegen Mordes und Totschlags fällt somit deutlich niedriger aus als die polizeilich registrierte vorsätzliche Tötungskriminalität. Auch bei den Verurteilungen ist in den letzten Jahren ein Rückgang zu verzeichnen (vgl. Tabelle 3). Der Anteil der Verurteilungen wegen Mordes an den Verurteilungen wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts schwankt in den in Tabelle 3 ausgewiesenen Jahren zwischen 31 % und 49 %, ist also beträchtlich.

² Vgl. zu diesen Definitionsprozessen Sessar, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, Freiburg/Breisgau 1981.

Tabelle 3: Entwicklung der Verurteilungen wegen Mordes und Totschlags (einschließlich § 216 und 217 StGB) 1953 bis 2013

Jahr	Mord	Totschlag	insgesamt
1953	145	225	370
1958	114	185	299
1963	156	162	318
1968	219	227	446
1973	226	329	555
1978	246	449	695
1983	272	598	870
1988	256	449	705
1993	238	405	643
1998	336	539	875
2003	215	431	646
2008	255	393	648
2013	208	298	506

Quelle: *Statistisches Bundesamt*, Strafverfolgungsstatistik 1953 – 2013

Wie die Befunde zeigen, wird bei der Verfolgung von Tötungsdelikten in erheblichem Maß „Definitionsarbeit“ geleistet. Im internationalen kriminalstatistischen Vergleich weist die Bundesrepublik Deutschland eine niedrige Rate von vorsätzlichen Tötungsdelikten auf.³

Der Bereich der vorsätzlichen Tötungskriminalität umfasst eine Vielzahl von Fallgestaltungen. Tabelle 4 gibt einen Überblick über die **Erscheinungsformen der vorsätzlichen Tötungsdelinquenz**. Sie reichen von Tötungshandlungen, die kalkuliert zur Erreichung bestimmter Zwecke begangen werden, über Tötungen, die aus zwischenmenschlichen Konflikten hervorgehen, bis zu Tötungen aus bestimmten Überzeugungen und altruistischen Motiven. Die strafrechtlichen Regelungen müssen hinreichend differenziert ausfallen, damit den unterschiedlichen Fallkonstellationen angemessen Rechnung getragen werden kann.

³ Siehe World Health Organization, Violence Prevention. Estimated rate of homicide per 100000 population, 2012, http://gamapserver.who.int/gho/interactive_charts/violence_prevention/homicides/atlas.html.

Tabelle 4: Erscheinungsformen der vorsätzlichen Tötungsdelinquenz

Tötung aus Gewinnsucht
Raubmord
Tötung im Zusammenhang mit Erpressung
Versicherungsmord
Erbschaftsmord
Tötung des Gläubigers
Sexualmord
Deckungsmord
Konflikttötungen
Tötung der lästigen Person
Tötung der begehrten Person
Tötung von Familienangehörigen
Tötungshandlung der Medea
Tötungshandlung des Kain
Tötung des Vaters/der Mutter
Kindestötung
Tötungen aufgrund situativer Eigendynamik
Tötungen aus religiösen, politischen oder ethischen Überzeugungen
Ritualmord
Attentat
Terrorismus
Tötung aus eigenem Recht
Tötung aufgrund von sozialen Gruppennormen
Altruistische Tötungen
Sonstige Tötungen

Zusammenstellung auf der Grundlage von *Dotzauer/Jarosch*, Tötungsdelikte, Wiesbaden 1971; *Middendorff*, Kriminologie der Tötungsdelikte, Stuttgart u.a. 1984; *Glatzel*, Mord und Totschlag, Heidelberg 1987

Welche dieser Taten werden nun in der Praxis **mit dem Mordtatbestand erfasst**? Um der Beantwortung dieser Frage näher zu kommen, werden im Weiteren Daten aus folgenden Untersuchungen herangezogen:

Brückner, Zur Kriminologie des Mordes, Hamburg 1961: Analyse von 93 Mordtaten, die in der Zeit von 1942 bis 1956 von 80 Tätern begangen wurden, im Wesentlichen anhand von Akten der Justizvollzugsanstalt Bruchsal;

Rieß, Die Neufassung des Mordes im Regierungsentwurf 1962 eines neuen Strafgesetzbuches in kriminologischer und kriminalstatistischer Sicht, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 52 (1969), S. 28 – 41: Untersuchung von 130 Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötungen durch das Schwurgericht des Landgerichts Hamburg aus den Jahren 1954 bis 1967;

Rieß, Die von den Schwurgerichten in Hamburg von 1954 bis 1966 abgeurteilte Kriminalität – Taten, Täter, Strafen –, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 53 (1970), S. 21 – 82: Analyse von 222 Urteilen des Schwurgerichts des Landgerichts Hamburg von 1954 bis 1966;

Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht – Eine Untersuchung anhand von Gerichtsurteilen –, Göttingen 1973: Untersuchung von 157 Morddelikten aus den Jahren 1944 bis 1970, die von 121 Tätern mit Strafverbüßung in der Justizvollzugsanstalt Celle begangen wurden, sowie von 31 Verurteilungen wegen Totschlags, wobei die Strafverbüßung ebenfalls in der Justizvollzugsanstalt Celle erfolgte;

Wulf, Kriminelle Karrieren von „Lebenslänglichen“. Eine empirische Analyse ihrer Verlaufsformen und Strukturen anhand von 141 Straf- und Vollzugsakten, München 1979: Untersuchung von 141 männlichen Strafgefangenen, die zwischen dem 1.1.1950 und dem 21.12.1973 in der Justizvollzugsanstalt Bruchsal lebenslange Freiheitsstrafe verbüßten;

Weiber, Vollendete Tötungsdelikte. Eine interdisziplinäre Studie unter besonderer Berücksichtigung soziologischer, viktimologischer und kriminalpädagogischer Aspekte, Bochum 1989: Analyse von 165 vorsätzlichen vollendeten Tötungsdelikten, die von 1980 bis 1984 von der Hamburger Kriminalpolizei erfasst wurden, die aufgeklärt wurden und bei denen das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde;

Hess, Erscheinungsformen und Strafverfolgung von Tötungsdelikten in Mecklenburg-Vorpommern, Mönchengladbach 2010: Auswertung von 117 Strafverfahren wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte, die 1998 und 1999 in Mecklenburg-Vorpommern von den Kriminalpolizeiinspektionen registriert wurden;

Votteler, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 1 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, Heidelberg 2014: Untersuchung von 134 Urteilen der Landgerichte Baden-Baden, Freiburg, Hechingen, Heidel-

berg, Heilbronn, Mannheim, Stuttgart und Tübingen aus den Jahren 1973 bis 2010 mit 226 Verurteilungen wegen Mordes;

Umfrage des *Bundesverfassungsgerichts* zu den Verurteilungen wegen Mordes vom 8.5.1945 bis 21.13.1975, die Ergebnisse sind veröffentlicht bei *Eser*, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag Berlin 1980, München 1980, D 40.⁴

Für spezielle Fragestellungen wurden außerdem Daten aus folgenden Untersuchungen verwendet:

Heine, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“. Eine erfahrungswissenschaftlich-strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, Berlin 1988: Auswertung von 80 Schwurgerichtsurteilen aus Baden-Württemberg und Berlin aus den Jahren 1977 und 1978, in denen das Mordmerkmal des niedrigen Beweggrundes thematisiert wurde und die zu einer Verurteilung nach den §§ 211 bis 213 StGB führten;

Kasselt/Oberwittler, Die richterliche Bewertung von Ehrenmorden in Deutschland. Eine empirische Analyse der Sanktionspraxis im Zeitraum 1996 bis 2005, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 97 (2014), S. 203 – 223: Analyse von Ehrenmordfälle zwischen dem 1.1.1996 und dem 31.12.2005 mit 86 in Deutschland verurteilten Tätern;

Höynck/Behnsen/Haug, Der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben). Überlegungen zur Frage der Folgen des Entwurfs für Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9 (2010), S. 102 – 122: Untersuchung von 507 Strafverfahren wegen vollendeter vorsätzlicher Tötungsdelikte an Kindern unter sechs Jahren aus dem Zeitraum 1997 bis 2006.

Einige ältere Untersuchungen über verurteilte Mörder ordneten die Taten vor allem den Kategorien des Gewinnmordes, des Konfliktmordes und des Deckungsmordes zu. Der Sexualmord spielt danach eine gewisse Rolle, kommt jedoch seltener vor (siehe Tabelle 5).

⁴ Vgl. auch die Darstellung von *Bertram*, in: Jescheck/Triffterer (Hrsg.), Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Baden-Baden 1978, S. 161 Fußnote 11, mit divergierenden absoluten Zahlen, aber ähnlichen Prozentanteilen der Mordmerkmale.

Tabelle 5: Erscheinungsformen des Mordes (in %)

	Brückner 1961	Rieß 1970	Siol 1973	Wulf 1979
Gewinnmord	53	35	52	51
Konfliktmord	25	13	23	23
Deckungsmord	16	30	13	-
Sexualmord	6	7	10	11
Hasstaten	-	7	-	-
Streittaten	-	2	-	-
Aggressionstaten	-	-	-	8
NS-Taten	-	-	-	4
Sonstiges	-	4	-	-
Motiv nicht feststellbar	-	-	3	3
	N = 80	N = 43	N = 157	N = 141

Quellen: *Brückner*, Zur Kriminologie des Mordes, 1961, S. 14; *Rieß*, MschKrim 53 (1970), S. 50; *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 8; *Wulf*, Kriminelle Karrieren von „Lebenslänglichen“, 1979, S. 54

Wird nach der **zahlenmäßigen Bedeutung der einzelnen Mordmerkmale** gefragt, zeigt sich, dass vor allem fünf Merkmale von erheblicher praktischer Bedeutung sind: Heimtücke, Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, Habgier und sonstige niedrige Beweggründe. Die übrigen Mordmerkmale (grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes und Mordlust) finden in einer Reihe von Fällen Anwendung, treten aber zahlenmäßig zurück. Dies gilt sowohl, wenn man den Anteil eines Mordmerkmals an allen angewendeten Mordmerkmalen betrachtet (vgl. Tabelle 6), als auch, wenn in den Blick genommen wird, in welchem Anteil aller Mordfälle das jeweilige Mordmerkmal zur Anwendung kommt (siehe Tabelle 7).

Tabelle 6: Mordmerkmale – Anteil an allen Mordmerkmalen in %

Mordmerkmal	Rieß 1969	Siol 1973	Weiher 1989	Hess 2010	Votteler 2014	BVerfG- Umfrage
Heimtücke	25	29	24	24	41	21
Ermöglichungsabsicht	15	14	21	17	22	9
Verdeckungsabsicht	25	13	30	10		11
Habgier	16	20	18	10	10	17
sonstiger niedriger Beweggrund	11	14	3	14	6	28
grausam	3	5	-	17	2	8
gemeingefährliches Mittel	2	1	-	7	17	0,1
zur Befriedigung des Geschlechtstriebes	2	3	3	-	1	4
Mordlust	1	-	-	-	0,3	1
N	102	297	33	29	369	3.363

Quellen: *Rieß*, MschKrim 52 (1969), S. 32; *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 19; *Weiher*, Vollendete Tötungsdelikte, 1989, S. 358; *Hess*, Erscheinungsformen und Strafverfolgung von Tötungsdelikten in Mecklenburg-Vorpommern, 2010, S. 161; *Votteler*, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, S. 30; *Eser*, Gutachten D zum 53. DJT, 1980, S. D 40

Tabelle 7: Mordmerkmale – Anteile an den Taten in %

Mordmerkmal	Rieß 1969	Siol 1973	Weiher 1989	Hess 2010	Votteler 2014	BVerfG- Umfrage
Heimtücke	49	54	36	44	67	39
Ermöglichungsabsicht	30	27	32	31	37	17
Verdeckungsabsicht	49	26	45	19		20
Habgier	30	37	27	19	16	31
sonstiger niedriger Beweggrund	21	27	5	25	10	52
grausam	6	10	-	31	3	14
gemeingefährliches Mittel	4	3	-	13	28	0,2
zur Befriedigung des Geschlechtstriebes	4	6	5	-	1	7
Mordlust	2	-	-	-	0,4	2
N	53	157	22	16	226	1.851

Quellen: *Rieß*, MschKrim 52 (1969), S. 32; *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 20, 21 ff.; *Weiher*, Vollendete Tötungsdelikte, 1989, S. 358; *Hess*, Erscheinungsformen und Strafverfolgung von Tötungsdelikten in Mecklenburg-Vorpommern, 2010, S. 161; *Votteler*, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, S. 33; *Eser*, Gutachten D zum 53. DJT, 1980, S. D 40

In zahlreichen Fällen sind mehrere Mordmerkmale erfüllt. Von besonderem Interesse für die Einschätzung der Bedeutung einzelner Mordmerkmale sind die Fälle, in denen die Bejahung eines **einzigen Mordmerkmals** darüber entscheidet, ob eine Tat als Mord qualifiziert wird. Die hierzu vorliegenden Untersuchungen deuten darauf hin, dass hier die Merkmale Heimtücke, Verdeckungsabsicht und sonstiger niedriger Beweggrund im Vordergrund stehen (vgl. Tabelle 8). Hierbei handelt es sich gerade um besonders umstrittene Mordmerkmale. Würde auf sie verzichtet, hätte das eine erhebliche Einschränkung des Mordtatbestandes zur Folge.

Tabelle 8: Alleinige Mordmerkmale

Mordmerkmal	Rieß 1969 N = 24		Siol 1973 N = 58		Weiher 1989 N = 13		Votteler 2014 N = 119	
	N	%	N	%	N	%	N	%
Heimtücke	5	21	11	19	5	38	67	56
Ermöglichungsabsicht	-	-	6	10	1	8	23	19
Verdeckungsabsicht	15	63	16	28	6	46		
Habgier	-	-	5	9	-	-	5	4
sonstiger niedriger Beweggrund	4	17	16	28	1	8	6	5
grausam	-	-	2	3	-	-	3	3
gemeingefährliches Mittel	-	-	-	-	-	-	13	11
zur Befriedigung des Geschlechtstriebes	-	-	2	3	-	-	2	2
Mordlust	-	-	-	-	-	-	-	-

Quellen: Rieß, MschKrim 52 (1969), S. 32; Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 21 ff.; Weiher, Vollendete Tötungsdelikte, 1989, S. 358; Votteler, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, S. 30.

Im Folgenden sollen einige spezielle Befunde zu den Mordmerkmalen Heimtücke und sonstiger niedriger Beweggrund dargestellt werden. Für Fälle, in denen das Mordmerkmal der **Heimtücke** vom Gericht bejaht wurde, hat *Siol* die Vorgehensweise des Täters erhoben. Danach handelte es sich in 44 % der Fälle um einen überraschenden Angriff von hinten, in 18 % um ein Weglocken an eine abseitige Stelle, in 7 % um Vergiften und in 5 % um das Übersenden eines Sprengstoffpakets (siehe Tabelle 9). Diese Fälle würden auch vom Merkmal der Heimtücke erfasst, wenn man dieses auf hinterhältige Angriffe beschränken würde. Nicht unter den eingeschränkten Heimtückebegriff würden die 24 % fallen, in denen es sich um einen offenen, aber für das Opfer plötzlichen und unerwarteten Angriff handelte. Für die Tötung schlafender Opfer (Anteil 4 %) könnte eine Sonderregelung getroffen werden.

Tabelle 9: Vorgehensweise des Täters bei heimtückischen Tötungen (N = 85)

Vorgehensweise	N	%
Überraschender Angriff von hinten	37	44
Offener, aber für das Opfer plötzlicher und unerwarteter Angriff	20	24
Weglocken an eine abseitige Stelle	15	18
Vergiften	6	7
Übersenden eines Sprengstoffpakets	4	5
Tötung des schlafenden Opfers	3	4

Quelle: *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 64

Trotz der recht weiten Auslegung des Heimtückemerkmals durch die Rechtsprechung gibt es zahlreiche Tötungsdelikte, in denen die Gerichte das Merkmal der Heimtücke verneinen. Welche Fälle dies sind, hat *Siol* zunächst für Taten zusammengestellt, in denen das Gericht nicht Heimtücke, sondern ein anderes Mordmerkmal bejahte. Danach wurde Heimtücke insbesondere verneint bei Tötungen im Verlauf einer Auseinandersetzung oder nach „offener Kampfansage“, bei Überfällen auf das arglose Opfer ohne Tötungsvorsatz, der erst später gefasst wurde, und bei der Tötung einer Person, die den Täter auf frischer Tat ertappte oder nach einer Tat zu stellen versuchte (vgl. Tabelle 10).

Tabelle 10: Gründe für die Verneinung von Heimtücke – Mordfälle, in denen das Gericht Heimtücke nicht bejahte (N = 56)

Grund für die Verneinung von Heimtücke	N	%
Tötung im Verlauf einer Auseinandersetzung oder nach „offener Kampfansage“	22	39
Überfall auf das arglose Opfer ohne Tötungsvorsatz, der erst später gefasst wird	16	29
Tötung der Person, die den Täter auf frischer Tat ertappt oder nach einer Tat zu stellen versucht	14	25
Tötung eines Kleinkinds	3	5
Der Täter hat bei objektiv heimtückischer Tötung die Wehrlosigkeit nicht in seinen Plan einbezogen	1	2

Quelle: *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 61

In Fällen, in denen das Gericht wegen Totschlags verurteilte, war der Grund für die Ablehnung von Heimtücke insbesondere die Verneinung des Ausnutzungsbewusstseins (siehe Tabelle 11).

Tabelle 11: Gründe für die Verneinung von Heimtücke in Fällen mit Verurteilung wegen Totschlags (N = 32)

Grund für die Verneinung der Heimtücke	N	%
Das Opfer war weder arg- noch wehrlos	2	6
Das Opfer war zumindest nicht arglos (vorausgegangener Streit, Drohungen)	9	28
Die Arg- und Wehrlosigkeit wurde nicht ausgenutzt	21	66

Quelle: *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 113

Für Fälle, in denen die Gerichte das Vorliegen eines sonstigen **niedrigen Beweggrundes** bejahten, hat *Siol* die Handlungsziele des Täters zusammengestellt (vgl. Tabelle 12). Danach war das häufigste Handlungsziel mit einem Anteil von 40 % die Tötung einer lästigen Person, z. B. der Ehefrau, um die Geliebte heiraten zu können. In einem Fünftel der Fälle handelte es sich um die Tötung einer begehrten Person, z. B. die Tötung der Freundin, die die Beziehung beendet hatte, und in 10 % der Fälle erfolgte die Tötung wegen Zurückweisung einer Bitte oder eines Ansinnens, z. B. wegen Ablehnung eines sexuellen Annäherungsversuchs. In den Fällen, in denen der Täter tötete, um das Opfer zu berauben, hätte Habgier angenommen werden müssen.

Tabelle 12: Handlungsziele bei Bejahung eines sonstigen niedrigen Beweggrundes (N = 42)

Handlungsziel	N	%
Tötung einer lästigen Person (einschl. Rivalentötung)	17	40
Tötung einer begehrten Person	9	21
Tötung, um das Opfer zu berauben	5	12
Tötung wegen Zurückweisens einer Bitte oder eines Ansinnens	4	10
Tötung zur Vergeltung eines zugefügten Übels	3	7
Tötung, um sich geschlechtlich zu erregen	1	2
Sonstige	3	7

Quelle: *Siol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 44

Die Gerichte erfassen danach mit dem Merkmal des sonstigen niedrigen Beweggrundes eine Reihe von Fällen, in denen die Tötung besonders verwerflich erscheint. Die Beurteilung der Frage, ob ein niedriger Beweggrund vorliegt, kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Dies hängt u.a. damit zusammen, dass der Tat in vielen Fällen mehrere Motive zugrunde liegen. So war in 81 % der von *Heine* untersuchten Fälle, in denen die Gerichte einen sonstigen niedrigen Beweggrund thematisiert hatten, ein Motivbündel vorhanden (siehe Tabelle 13). Ein Beweggrund kann je nachdem, mit welchem anderen Motiv er zusammentrifft, in einem unterschiedlichen Licht erscheinen. Außerdem spielt insbesondere für die subjektive Seite

des niedrigen Beweggrundes die Tatsituation, z. B. das Vorliegen eines Affekts, eine wichtige Rolle. Es kommt also auf die Beurteilung des Einzelfalls an.

Tabelle 13: Motivhäufigkeit bei niedrigen Beweggründen

Anzahl der Motive	N	%
0	5	6
1	10	13
2	26	33
3	24	30
4	7	9
5	6	8
6	0	0
7	1	1
8	1	1
Summe	80	100

Quelle: *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 42

Die Abhängigkeit der Annahme eines niedrigen Beweggrundes von den Umständen des Einzelfalls hat zur Folge, dass einzelnen Motiven kaum eine Indizfunktion für das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes zukommt. *Heine* konnte nur wenige Motive feststellen, die mit der Bejahung oder Verneinung eines niedrigen Beweggrundes in einem signifikanten, also nicht durch Zufall erklärbaren Zusammenhang stehen (vgl. Tabelle 14a und 14b). Hinsichtlich der Bejahung eines niedrigen Beweggrundes sind dies sexuelle Gründe und Rache, bezüglich der Verneinung insbesondere verletzte Ehre/Kränkung und Verzweiflung/Verdross. Die Zusammenhänge dieser Motive mit der Bejahung bzw. Verneinung eines niedrigen Beweggrundes sind schwach, so dass ihnen nur eine geringe Indizfunktion für die Beurteilung durch das Gericht zukommt (Der Korrelationskoeffizient kann Werte zwischen 0 und 1 annehmen; 0 bedeutet, dass überhaupt kein Zusammenhang zwischen den Variablen besteht, 1 bezeichnet einen hundertprozentigen Zusammenhang; ab 0,3 kann von einem mittleren, ab 0,7 von einem starken Zusammenhang gesprochen werden).

Tabelle 14a): Bejahung niedriger Beweggründe

Kriterium	Stärke des Zusammenhangs = Korrelationskoeffizient C
andere Mordmerkmale bejaht	0,58
sexuelle Gründe	0,34
Rache	0,21

Tabelle 14b): Verneinung niedriger Beweggründe

Kriterium	Stärke des Zusammenhangs = Korrelationskoeffizient C
Affekt (heftig, höchstgradig)	- 0,69
Konflikt (Lang- und Kurzzeitkonflikt)	- 0,54
Tatentschluss/Tatausführung spontan	- 0,30
Verwandtschaft/Bekannntschaft mit dem Opfer	- 0,28
Verletzte Ehre/Kränkung	- 0,28
Verzweiflung/Verdruss	- 0,26
Tatbeitrag des Opfers (Provokation)	- 0,26
Täter Ausländer	- 0,24
Ärger, Unmut	- 0,22
Tötungsbeweggründe nicht feststellbar	- 0,20
Unterschichtzugehörigkeit des Täters	- 0,19

Quelle: *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 286 f.

Die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage, ob ein niedriger Beweggrund vorliegt, haben zur Folge, dass das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe weniger „revisionsfest“ zu sein scheint als andere Mordmerkmale. So wurden nach einer Auswertung von *Heine* in Verfahren, in denen mit der Revision die fehlerhafte Anordnung der Motivgeneralklausel gerügt wurde, die Urteile doppelt so häufig aufgehoben wie die Urteile in einer Vergleichsgruppe, in der die Anwendung des Heimtückemerkmals gerügt wurde (siehe Tabelle 15).

Tabelle 15: „Niedrige Beweggründe“ in der Revision (BGH-Urteile vom 1.5.1979 bis 30.4.1981)

	niedrige Beweggründe		Heimtücke	
	N	%	N	%
Revision insgesamt	37	100	12	100
Bestätigung	12	32	8	67
Aufhebung aus mordmerkmals- bezogenen Gründen	25	68	4	33
Aufhebungsgründe				
- fehlerhafte Gesamtwürdigung	11	44	-	-
- fehlerhafte „innere Tatseite“	17	68	4	100
- Sonstiges	3	12	2	50

Quelle: *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 67

Eine Fallgruppe, bei der das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe eine erhebliche Rolle spielt, sind die „**Ehrenmordfälle**“. Eine Auswertung von 86 Verurteilungen in „Ehrenmordfällen“ der Jahre 1996 bis 2005 ergab, dass 37 % der Verurteilungen wegen Mordes, 48 % wegen Totschlags und 15 % wegen Körperverletzung erfolgten (vgl. Tabelle 16). Unter den 32 Verurteilungen wegen Mordes befanden sich 21, in denen das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe bejaht wurde. Bei 50 Verurteilungen wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts

wurde als Tatmotiv die Wahrung der Ehre festgestellt. In 14 Verurteilungen wurde das Motiv der Wahrung der Ehre als niedriger Beweggrund eingestuft. In 17 Verurteilungen wurde dieses Motiv nicht als niedriger Beweggrund angesehen, in 19 Urteilen wurde die Frage, ob dieses Motiv einen niedrigen Beweggrund darstellen könnte, nicht angesprochen.⁵

Tabelle 16: Verurteilungen in „Ehrenmordfällen“

Verurteilung	N	%
Mord	32	37
Totschlag	41	48
Körperverletzung	13	15
Insgesamt	86	100

Quelle: *Kasselt/Oberwittler*, MschrKrim 97 (2014), S. 212

Schließlich sollen Befunde zur Anwendung des Mordtatbestandes auf **Tötungen von Kindern** unter sechs Jahren dargestellt werden.⁶ Hier ergab eine Untersuchung von *Höynck/Behnsen/Haug*, dass 18 % der Schuldsprüche auf Mord lauteten. Besonders hoch war der Anteil der Mordverurteilungen mit 68 % bei der zielgerichteten Tötung von Kindern und mit 42 % bei versuchtem, auf Kinder erweitertem Suizid (siehe Tabelle 17).

Tabelle 17: Anteil der Schuldsprüche wegen Mordes bei Verurteilungen wegen vorsätzlichen Tötungsdelikten an Kindern

Fallgruppe	N	Verurteilungen wegen Mordes in %
Neonazid	104	2
Misshandlung	126	11
Vernachlässigung	25	20
Psychische Erkrankung	6	33
Erweiterter Suizid	24	42
Zielgerichtete Tötung	34	68
Sonstige	4	50
Insgesamt	323	18

Quelle: *Höynck/Behnsen/Haug*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2014), S.

119

Unter den bejahten Mordmerkmalen dominieren der niedrige Beweggrund mit einem Anteil von etwa einem Drittel und die Heimtücke und die Verdeckungsabsicht mit Anteilen von jeweils ca. einem Viertel (vgl. Tabelle 18). Bei zielgerichteten Kindestötungen steht der niedrige Beweggrund im Vordergrund, bei versuchten auf Kinder erweiterten Suiziden die Heimtü-

⁵ Siehe *Kasselt/Oberwittler*, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 97 (2014), S. 212.

⁶ Zur strafrechtlichen Beurteilung der Tötung neugeborener Kinder siehe *Dölling*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 3 (2009), S. 32-36.

cke und in der Fallgruppe der tödlichen Misshandlungen von Kindern die Verdeckungsabsicht (siehe Tabellen 19 bis 20). Es sind also gerade die kriminalpolitisch umstrittenen Mordmerkmale des niedrigen Beweggrundes, der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht, die in der Praxis zur Verurteilung wegen Mordes bei Kindestötungen führen.

Tabelle 18: Mordmerkmale bei Kindestötungen

Mordmerkmal	N	%
niedriger Beweggrund	21	32
Heimtücke	17	26
Verdeckungsabsicht	16	24
grausam	8	12
gemeingefährliches Mittel	3	5
Habgier	1	2
Summe	66	100

Quelle: Höynck/Behnsen/Haug, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2014), S. 105 f.

Tabelle 19: Mordmerkmale bei zielgerichteten Kindestötungen

Mordmerkmal	N	%
niedriger Beweggrund	12	46
Verdeckungsabsicht	6	23
Heimtücke	5	19
grausam	1	4
Habgier	1	4
gemeingefährliches Mittel	1	4
Summe	26	100

Quelle: Höynck/Behnsen/Haug, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2014), S. 120; der niedrige Beweggrund war achtmal alleiniges Mordmerkmal.

Tabelle 20: Mordmerkmale bei versuchten auf Kinder erweiterten Suiziden

Mordmerkmal	N	%
Heimtücke	9	82
niedriger Beweggrund	2	18
Summe	11	100

Quelle: Höynck/Behnsen/Haug, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2014), S. 121; die Heimtücke war achtmal alleiniges Mordmerkmal.

Tabelle 21: Mordmerkmale bei tödlicher Misshandlung von Kindern

Mordmerkmal	N	%
Verdeckungsabsicht	10	63
grausam	4	25
niedriger Beweggrund	1	6
Heimtücke	1	6
Summe	16	100

Quelle: Höynck/Behnsen/Haug, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 9 (2014), S. 121; die Verdeckungsabsicht war achtmal alleiniges Mordmerkmal.

Die Diskussion über die Abschaffung bestimmter Mordmerkmale hat somit erhebliche praktische Bedeutung.

3. Prof. Dr. Anette Grünewald

Impulsreferat zur Auftaktveranstaltung

Es freut mich sehr, dass der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz sich entschlossen hat, die Reform der Tötungsdelikte in Angriff zu nehmen. Zieht man „die möglichen Eckpunkte einer Reform der Tötungsdelikte“ heran, die der Bundesminister in seinem Einladungsschreiben vom 2. Mai 2014 anführt, so vermute ich, dass eine Verständigung über eine Änderung des Wortlauts, also über eine Streichung der Wörter „Mörder“ und „Totschläger“, schnell erreicht ist. Denn hierbei handelt es sich ausschließlich um eine sprachliche Angelegenheit. Explizit werden im Einladungsschreiben nur die §§ 211 und 212 StGB genannt. Ich möchte anregen, § 213 StGB in die Reformdiskussion einzubeziehen – sofern er nicht ohnehin schon eingeschlossen sein sollte.

Das Kernproblem des derzeitigen Mordparagrafen sehe ich in der zwingend angeordneten lebenslangen Freiheitsstrafe. Das Problem der Punktstrafe zeichnete schon die Vorgängervorschrift aus, die Überlegungskonzeption, die 1871 in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommen wurde. Mit dieser Fassung der Mordvorschrift war man zumindest in der Literatur bald nach Erlass des Reichsstrafgesetzbuches genauso unzufrieden, wie man dies bald nach Einführung der gegenwärtigen Regelung war und bis heute ist. Aus der Debatte der letzten 140 Jahre lässt sich meines Erachtens nur der Schluss ziehen, dass es grundsätzlich nicht möglich ist, ein Merkmal oder mehrere Merkmale zu benennen, bei dessen oder deren Vorliegen die Höchststrafe stets angezeigt ist. Ein Verbrechen wie den Völkermord lasse ich dabei außer Acht.

Wäre es das Ziel, die Reform so minimalistisch wie möglich zu gestalten, müsste demnach neben die lebenslange Freiheitsstrafe in § 211 StGB zumindest eine flexible Strafandrohung treten. Bereits § 211 sah, als er 1941 eingeführt wurde, nicht nur eine Rechtsfolge vor (Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941, RGBl. I, S. 549). Denn in Absatz 3 hieß es damals: „Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“

Eine zweite Möglichkeit wäre es, die §§ 211 bis 213 StGB so zu formulieren, dass klar ist, dass § 213 StGB auf § 211 StGB anwendbar ist. Eine solche Lösung wird von Vertretern des Schrifttums schon derzeit gefordert. Vor allem der Wortlaut des § 213 StGB („War der Totschläger ...“) liefert indes bislang ein Argument gegen diese Lösung.

Entscheidet man sich nicht nur für eine minimale Korrektur, sondern für eine umfassendere Reform – und dies würde ich sehr befürworten –, bieten sich konzeptionell vor allem zwei Lösungswege an, die aus den Diskussionen auch bekannt sein dürften. Das eine ist die Benennung strafschärfender Regelbeispiele, das andere ein Privilegierungsmodell.

Die Regelbeispielmethode gewährleistet eine Flexibilität, die die derzeitige Regelung gerade nicht aufweist, und wäre daher gewiss ein Fortschritt. Ich hielte eine solche Lösung aber für suboptimal, ohne dass ich das jetzt weiter vertiefen möchte. Denn ich gehe davon aus, dass ich in dieser Runde noch Gelegenheit haben werde, meine Einwände darzulegen, da das Regelbeispielmodell sicher von einem Teil der Anwesenden bevorzugt wird.

Die zweite Variante wäre ein Privilegierungskonzept – und diese Lösung favorisiere ich. Hiernach ist die vorsätzliche Tötung, die man „Mord“ nennen kann, Grundtatbestand. Als Strafandrohung müsste neben der lebenslangen eine zeitige Freiheitsstrafe vorgesehen werden. Diese Lösung entspricht im Grundansatz der vom DAV vorgeschlagenen. Allerdings meine ich, dass Privilegierungstatbestände ausformuliert werden sollten.

Einen Privilegierungstatbestand stellt bereits § 216 StGB dar. Wegen der Einwilligung des Opfers in seine Tötung liegt eine Minderung des Tötungsunrechts vor. Als Anknüpfungspunkt für einen weiteren Privilegierungstatbestand lässt sich der 1. Fall des § 213 StGB anführen, die sog. Provokationsvariante. Diese liefert ein probates Leitbild für die Schaffung einer weiteren Privilegierungsnorm, die man als „Totschlag“ bezeichnen könnte. Denn auch in diesem Fall liegt wegen der vorangegangenen Rechtsverletzung, die das Tötungsoffer dem Täter zugefügt hat, eine Minderung des Tötungsunrechts vor. Vorausgesetzt ist dabei jedoch, dass man tatsächlich eine „schwere Beleidigung oder Misshandlung“ – also einen Eingriff in die rechtlich geschützte Sphäre des Täters – verlangt und nicht nur eine „Kränkung“, die eben keine Rechtsverletzung sein muss. Auf das Erfordernis eines Affekts würde ich verzichten. Andererseits kann selbstverständlich nicht jede, zumal nicht eine weit zurückliegende Rechtsverletzung ausreichen, um eine Reduzierung des Tötungsunrechts zu bewirken. Es braucht also einen zeitlichen Zusammenhang. Auf Einzelheiten möchte ich hier noch nicht weiter eingehen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Privilegierungsmodell, wie ich es soeben in sehr groben Zügen gezeichnet habe, ausschließlich auf Minderungen des Tötungsunrechts basiert, die das Opfer in zurechenbarer Weise herbeigeführt hat. Durch sein vorangegangenes Verhalten – Einwilligung oder Eingriff in die rechtlich geschützte Tätersphäre –

kann ihm nämlich eine partielle Verantwortung für die Tat zugeschrieben werden, die das Tötungsunrecht verringert. Liegt ein solches Verhalten nicht vor, ist volles Tötungsunrecht gegeben. Dieser Ansatz trägt dem hohen Wert des Rechtsguts Leben aus meiner Sicht am besten Rechnung – besser als ein Regelbeispielmodell; und er trägt ebenso der Tatsache Rechnung, dass vorsätzliche Tötungstaten ganz überwiegend durch ein mehr oder weniger ausgeprägtes Interaktionsverhältnis zwischen Täter und Opfer gekennzeichnet sind.

Von der (zusätzlichen) Normierung von Schuld minderungen im Besonderen Teil, mithin speziell beim Tötungsdelikt, würde ich absehen. Aspekte, die die Zurechnungsfähigkeit berühren, gehören in den Allgemeinen Teil. Im Übrigen würde die Ausgestaltung der Tötungstatbestände hierdurch zu sehr überfrachtet; die erstrebenswerte Schlichtheit ginge also verloren. Andererseits liegt hierin ein Grund, weshalb im Grundtatbestand („Mord“) neben der lebenslangen auf jeden Fall eine zeitige Freiheitsstrafe vorgesehen werden muss, da sich anders Fälle nicht adäquat lösen lassen, die beispielsweise knapp unterhalb der Schwelle des § 21 StGB liegen.

Grundkonzeption der Tötungsdelikte

A. Einleitung

Es ist der Frage nachzugehen, wie eine Abstufung vorsätzlicher Tötungstatbestände de lege ferenda gestaltet werden sollte. Trotz zahlreicher Reformvorschläge, die in den letzten etwas mehr als 60 Jahren vorgelegt wurden¹, und solchen, die zukünftig sicher noch vorgelegt werden, sind die möglichen Grundkonzeptionen durchaus überschaubar². Vielfältig bleibt nur die konkrete Ausgestaltung, also beispielsweise die Festlegung der Merkmale, die als Mordmerkmale in Betracht kommen, sofern man sich für die Beibehaltung eines Qualifikationstatbestands oder die Schaffung von Regelbeispielen entscheidet. Beschränkt man sich hingegen zunächst auf die grundsätzliche Struktur, ergeben sich vor allem drei Regelungsvarianten: zum einen ein tatbestandliches Qualifikationsmodell, wie es sich nach ganz überwiegender Auffassung derzeit schon im Gesetz findet³; zum anderen die Bildung von Regelbeispielen, die ebenfalls eine Abstufung nach oben gewährleistet, also besonders schwere Fälle einer vorsätzlichen Tötung benennt; drittens ein Privilegierungskonzept.

Wählt man die erstgenannte Option, ist zu beachten, dass als Hauptdefizit der gegenwärtigen Regelung durchweg die absolute Strafandrohung beim Mord gilt⁴. Dieses Manko ließe sich abschwächen durch die Aufnahme eines Absatzes 3 in § 211 StGB, der in Ausnahmefällen ein Absehen von der lebenslangen Freiheitsstrafe ermöglicht⁵. Eine entsprechende Regelung enthielt der Mordtatbestand bereits bei seiner Einführung im Jahr 1941⁶. Während in § 211 Absatz 1 RStGB für Mord (oder nach damaliger Diktion: den „Mörder“) die Todesstrafe angeordnet war, hieß es in Absatz 3: „Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“⁷ Die erneute Einführung

¹ Nachweise bei Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 1 f. mit Fn. 1 und 2.

² Vgl. bereits mein Impulsreferat vom 20. Mai 2014; ein knapper Überblick über die Gestaltungsoptionen findet sich ferner bei Roxin, Rechtsprechung, Gesetzgebung Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, hrsg. von Jahn/Nack, 2010, S. 21 (23).

³ Fischer, Strafgesetzbuch, 62. Aufl., 2015, Vor §§ 211-216 Rdnr 2 sowie § 211 Rdnr 6; Safferling, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2013, Vor §§ 211 ff. Rdnr 5 ff.; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, Vorbem. §§ 211 ff. Rdnr 5; Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2014, Vor §§ 211 ff. Rdnr 8, sowie mit umfassenden Nachweisen Schneider, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Aufl., 2012, Vor §§ 211 ff. Rdnr 182 ff.

⁴ Neumann, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl. 2013, Vor § 211 Rdnr 157 ff.; Sinn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III, §§ 123-211, Stand: Juni 2012, § 211 Rdnr 6 ff.; Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NSTZ 2014, S. 9 (15 f.); Mitsch, JZ 2008, S. 336 (337 f.); Eser, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentags, Band I, Gutachten, Teil D, „Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?“, 1980, D 35; Zaczyk, JZ 2012, S. 197 (198); Grünewald, JA 2012, S. 401 (402).

⁵ In diese Richtung gehen die Erwägungen von Schneider, Vorüberlegungen zu einer Reform der §§ 211, 212 StGB (Impulsreferat vom 20. Mai 2014), unter 2 a; Thesen zur Heimtücke (Referat vom 20. August 2014), unter V; siehe auch dens. (Fn. 3), § 211 Rdnr 47; ferner Mitsch, ZIS 2007, S. 197 (202 f.); dens., JZ 2008, S. 335 (340).

⁶ Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941, RGBl. I, S. 549.

⁷ Die Streichung dieser Bestimmung im Zusammenhang mit der Abschaffung der Todesstrafe führte nach Schneider zu einer „planwidrige[n] Unvollständigkeit“ des § 211 StGB ([Fn.3], § 211 Rdnr 43 und 40). Ebenso Eschelbach, der von einer „Lücke im Gesetz nach Streichung von § 211 Abs. 3 StGB“ bzw. einer „heute fehlende[n] Regelung über einen minder schweren Fall des Mordes“ spricht (in: Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Strafgesetzbuch Kommentar, 2010, § 211 Rdnr 5).

eines (vergleichbaren) Absatzes 3 in § 211 StGB hätte daher auch zur Folge, dass man sich in dieser Hinsicht wieder der ursprünglichen Norm annähert, während man sich in anderer Hinsicht von der ursprünglichen Norm doch gerade entfernen möchte. Als zweite Möglichkeit ist die Regelbeispielmethode zu erwähnen, die in der letzten Sitzung vorgestellt wurde⁸ und unter anderem dem Alternativ-Entwurf Leben aus dem Jahr 2008 zugrunde lag⁹. Auf beiden Wegen erreicht man eine Flexibilisierung auf der Rechtsfolgenseite, die die gegenwärtige Regelung nicht aufweist¹⁰. Als dritte, hier bislang noch nicht erörterte Alternative bleibt ein Privilegierungskonzept. Ein solches werde ich im Ergebnis befürworten.

Straftatsystematisch werden nach herkömmlicher und ganz herrschender Auffassung Unrecht und Schuld voneinander geschieden¹¹. Legt man dieses Modell zugrunde, sind Abstufungen im Schweregrad eines Delikts auf beiden Ebenen des Verbrechensaufbaus denkbar. Darüber hinaus sind sie grundsätzlich in zwei Richtungen möglich, nämlich nach oben – sei es in Form eines Qualifikationstatbestands oder von Regelbeispielen – und nach unten, also privilegierend und somit den Täter entlastend. Entschließt man sich, hierfür ausschließlich auf rechtliche fundierte Kriterien zurückzugreifen und genuin moralische oder sozialetische Erwägungen außer Acht zu lassen – was ein Anliegen dieses Beitrags ist –, ergeben sich für das vorsätzliche Tötungsdelikt die nun darzustellenden Abstufungsoptionen.

⁸ Reformvorschlag zu den §§ 211-213 StGB von Rissing-van Saan, Sitzung vom 26. November 2014.

⁹ Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193 ff., bes. 200 f.; desgleichen bereits Eser (Fn. 4), D 200 (dort als 2. Alternative aufgeführt); nahestehend Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970, S. 16 f. – Auch bei der Einführung des § 211 RStGB im Jahr 1941 war vorgesehen, die Mordmerkmale jedenfalls funktional wie Regelbeispiele zu handhaben (eingehender Werle, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 341 f., 345; Frommel, JZ 1980, S. 559 [562 f.]). So haben die Mordmerkmale nach Freisler, DJ 1941, S. 929 (935), bloß eine „veranschaulichende Funktion“; vgl. außerdem Dahm, DR 1942, S. 401 (405). Der BGH hat diese Interpretation jedoch abgelehnt (BGHSt 9, 385 [388 f.]).

¹⁰ Eine andere Möglichkeit bestünde darin, die Anwendung des § 213 StGB auf Fälle des § 211 StGB gesetzlich klarzustellen (vgl. Mitsch, JZ 2008, S. 335 [340]). In der Literatur wird eine Anwendung des § 213 StGB auf § 211 StGB bereits auf der Grundlage der gegenwärtigen Regelung gefordert und für möglich gehalten (etwa von Neumann [Fn. 4], Vor § 211 Rdnr 165 ff.; Eschelbach [Fn. 7], § 213 Rdnr 27; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl., 2009, § 2 Rdnr 28, 55 [für die 1. Var. des § 213 StGB]; ablehnend jedoch Schneider [Fn. 3], § 213 Rdnr 2; Fischer [Fn. 3], § 213 Rdnr 1; Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl., 2004, § 1 Rdnr 7 und § 3 Rdnr 1). An der Position ist richtig, dass bei Vorliegen des § 213, 1. Var. StGB eine Minderung des Unrechts gegeben ist, wenn man die Begriffe „Misshandlung oder schwere Beleidigung“ in einem rechtstechnischen Sinn versteht. Diese zwar im Falle eines Totschlags, nicht aber eines Mordes zu berücksichtigen überzeugt nicht (vgl. bereits Grünwald [Fn. 1], S. 139 in Fn. 615). Problematisch an diesem Lösungsweg bleibt allerdings, von welchem Strafmaß auszugehen wäre (vgl. Mitsch, ZIS 2007, S. 197 [201 f.]).

¹¹ Die kategoriale Abstufung von Unrecht und Schuld gerät in der neueren Literatur zunehmend ins Wanken; siehe einerseits Pawlik, Festschrift für Otto, 2007, S. 133 ff.; dens., Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 259 ff.; andererseits Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, S. 49 ff.; dies., Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, C 33.

B. Unrechts- und Schuldsteigerungen beim vorsätzlichen Tötungsdelikt

I. Unrechtsteigerungen

Dass sich das Unrecht eines Erfolgsdelikts sowohl aus einem Handlungs- als auch Erfolgsunrecht zusammensetzt, entspricht ganz überwiegender Ansicht¹². Eine Erhöhung des Erfolgsunrechts ist beim Tötungsdelikt ausgeschlossen, da mehr als die totale Vernichtung menschlichen Lebens nicht denkbar ist¹³. Prinzipiell möglich sind jedoch Steigerungen des Handlungsunrechts. Das Handlungsunrecht selbst besteht aus subjektiven wie objektiven Elementen.

1. Subjektive Kriterien

In subjektiver Hinsicht gilt als „Kern des Handlungsunrechts“ der Vorsatz¹⁴. Als Grundform des Vorsatzes ist der dolus eventualis anzusehen, weil er bereits alle Elemente des Vorsatzes enthält¹⁵. Zudem reicht der Eventualvorsatz generell für die Begehung einer Vorsatztat aus. Legt man diese Prämisse zugrunde, ist es möglich, in Fällen eines dolus directus ersten wie zweiten Grades eine Erhöhung des Handlungsunrechts anzunehmen¹⁶. Für diese These lässt sich weiterhin auf § 226 II StGB verweisen, der offenbar von einer Steigerung des Handlungsunrechts beim Vorliegen von Wissentlichkeit und Absicht ausgeht. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird Vorsatz zwar mit Absicht gleichgesetzt¹⁷. Dies entspricht aber nicht der juristischen Begriffsbildung. Die absichtliche und die wissentliche Tötung einer Person sind folglich als ein größeres Handlungsunrecht einzustufen als die Tötung mit Eventualvorsatz. Die hierdurch bewirkte Steigerung des Unrechts gilt aber nicht gleichsam absolut.

¹² Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rdnr 88 ff.; Puppe, in: Nomos Kommentar, 1. Band, 4. Aufl., 2013, Vor § 13 Rdnr 20 f.

¹³ Eser (Fn. 4), D 98 („weder qualitativ noch quantitativ steigerungsfähig“); Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, S. 193 (196).

¹⁴ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 5 Rdnr 4; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 24 III 4c.

¹⁵ Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 4 Rdnr 70; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 14 Rdnr 11; Puppe (Fn. 12), § 15 Rdnr 105.

¹⁶ Frisch, ZStW 99 (1987), S. 751 (768 f.); ders., 50 Jahre BGH Festgabe, Band IV, 2000, S. 269 (290); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1998, S. 260 ff., 263; dies., JZ 1999, 1980 (1088); Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 422 (für die Absicht). Ablehnend jedoch Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 8/8; Puppe (Fn. 12), § 15 Rdnr 114.

¹⁷ Puppe (Fn. 12), § 15 Rdnr 14; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 162.

So sind Minderungen des Tötungsunrechts bei absichtlicher wie wissentlicher Tatbegehung möglich (siehe noch zu C I), die die zunächst erreichte Unrechtssteigerung aufheben oder sogar insgesamt zu einer Reduzierung des Unrechts führen.

Ferner werden die sog. Motiv- und Absichtsmerkmale des § 211 II StGB bisweilen als reine Unrechtsmerkmale eingestuft¹⁸. Nach anderer Ansicht handelt es sich hingegen um Schuldmerkmale oder um eine Mischung aus Unrechts- und Schuldmerkmalen¹⁹. Ob die Zuordnung der subjektiven Mordmerkmale ausschließlich zum Unrecht überzeugt, erscheint daher zweifelhaft²⁰. Die Merkmale werden hier, ohne sich explizit auf die eine oder andere Auffassung festzulegen²¹, separat erörtert (unter III).

2. Objektive Kriterien

Als objektive Kriterien, die das Handlungsunrecht der vorsätzlichen Tötung steigern können, kommen solche in Betracht, die die Art und Weise der Tatausführung betreffen (sogleich zu a), sowie qualifizierte Schutzpflichten des Täters gegenüber dem Opfer (unter b).

a) *Art und Weise der Tatbegehung*

In die erste Kategorie lassen sich die Mordmerkmale „grausam“ und „mit gemeingefährlichen Mitteln“ einstufen. Beide Merkmale sind prinzipiell geeignet, eine Unrechtssteigerung zu bewirken. Auf der anderen Seite führt die Anwendung beider Kriterien auch zu normativen Friktionen. Diese umfassend darzustellen würde den vorgegebenen Rahmen sprengen²². Beispielhaft sei deshalb zu jedem Merkmal ein Aspekt herausgegriffen.

Eine grausame Tötung zeichnet sich dadurch aus, dass dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen durch die Tötungshandlung zugefügt werden²³. Die durch dieses Merkmal erreichte Unrechtserhöhung beruht im Kern darauf, dass eine Körperverletzung zeitgleich mit dem Tötungsgeschehen zusammenfällt²⁴. Umgekehrt ergibt sich hieraus: Miss-

¹⁸ Schneider (Fn. 3), Vor §§ 211 Rdnr 195 ff. m.w.N.; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 4.

¹⁹ Für Schuldmerkmale plädiert z.B. Köhler, GA 1980, S. 121 (123, 130, 134); zur zweitgenannten Ansicht siehe etwa Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3), § 211 Rdnr 6.

²⁰ Nach Safferling (Fn. 3), § 211 Rdnr 7, beruhen alle Mordmerkmale „im Grunde [auf einem] gesinnungsethische[n] Ansatz“ und weisen eine Unrechts- und Schuldkomponente auf.

²¹ Zur begrenzten Bedeutung einer korrekten Einordnung auch Safferling (Fn. 3), § 211 Rdnr 7.

²² Eingehender Grünwald (Fn. 1), S. 169 ff.

²³ Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 129, 137; Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 82. – Ob nur körperliche oder auch seelische Qualen erfasst werden, ist umstritten (ablehnend Schneider [Fn. 3], § 211 Rdnr 133 f.; bejahend Eser/Sternberg-Lieben [Fn. 3], § 211 Rdnr 27; Neumann [Fn. 4], § 211 Rdnr 75). Das Problem bleibt hier ausgeklammert.

²⁴ Kargl, JZ 2003, S. 1141 (1145).

handelt oder quält der Täter sein noch lebendes Opfer im Anschluss an die Tötungshandlung, scheidet das Merkmal nach ganz überwiegender Ansicht aus. Gleiches gilt, wenn der Täter während der grausamen Behandlung im Vorfeld einer vorsätzlichen Tötung nur Körperverletzungsvorsatz hat und sein Opfer im Anschluss daran nicht grausam tötet²⁵. Strafrechtsdogmatisch ist gegen diese Auslegung nichts einzuwenden; sie ergibt sich aus dem Koinzidenzprinzip²⁶. In normativer Hinsicht vermag sie aber nicht zu überzeugen. Denn in allen drei Tatvarianten liegt materiell identisches Unrecht vor: eine Körperverletzung und eine Tötung. Hierfür ist es irrelevant, ob die grausame Begehungsweise der Tötungshandlung unmittelbar vorausgeht, ihr direkt nachfolgt oder mit ihr zusammenfällt. Geht man davon aus, dass das Ausmaß des Unrechts einer Tat sich entscheidend an einer normativen (oder auch standardisierten) Opferperspektive auszurichten hat²⁷, dann ist dieses in allen drei Tatvarianten gleich – quantitativ wie qualitativ. Einen Mord mit zwingend angeordneter lebenslanger Freiheitsstrafe nun „nur“ in einer der genannten Fälle anzunehmen, in den beiden anderen Fällen hingegen einen Totschlag sowie eine Körperverletzung mit der Möglichkeit einer Strafzumessung, leuchtet nicht ein²⁸. Einem potentiellen Opfer müsste man in den zuletzt genannten Fallvarianten sagen: Wir können einen Mord nicht annehmen, weil die grausame Behandlung nicht zum passenden Zeitpunkt stattfand, sondern etwas zu spät bzw. zu früh. Wäre sie dagegen synchron mit der Tötungshandlung vorgenommen worden, könnten wir Mord bejahen. Vergleichbares ergibt sich vice versa aus der Täterperspektive: Auch ihm müsste man plausibel machen, weshalb er einmal einen Mord, in den anderen beiden Fallvarianten hingegen einen Totschlag sowie eine Körperverletzung begangen hat. Schneider bemerkt hierzu, es möge sein, „dass diese Grenzziehung wertungsmäßig unbefriedigend erscheint“; sie müsse aber „hingenommen werden“²⁹. De lege lata mag dies in der Tat so sein. Es stellt sich aber die Frage, ob die Abgrenzung von Mord und Totschlag auch de lege ferenda von derart subtilen und normativ nicht mehr nachvollziehbaren Differenzierungen abhängen sollte.

Das Merkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ erfasst Tötungen „mit Breitenwirkung“³⁰, mithin Tötungen, bei denen eine Gefahr für weitere Personen als das Tatopfer besteht. Auf die

²⁵ Ausführlich hierzu Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 135 ff.; ferner Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 53; extensiver und Mord im ersten Fall befürwortend etwa Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 81 ff., bes. 83a; Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rdnr 61 f.; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3), § 211 Rdnr 27; ablehnend BGHSt 37, 40 (41).

²⁶ Denn das „tatbezogene Merkmal ‚grausam‘ ist [...] an die Tathandlung ‚töten‘ gebunden“, so Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 53.

²⁷ Dazu Hörnle, in: Schönemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 175 ff., bes. 181 ff.; dies. (Fn. 16), S. 217 ff., bes. 226 ff.; vgl. auch Grünwald (Fn. 1), S. 223 f.

²⁸ Betont man beispielsweise mit Neumann, es gehe beim Merkmal „grausam“ um die Intensität der Verletzung von Opferinteressen oder die Heraufstufung des Totschlags zum Mord liege in der Zufügung besonders schwerer Leiden begründet ([Fn. 4], § 211 Rdnr 76, 79), drängt sich die Gleichstellung aller Fallvarianten auf.

²⁹ Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 137.

³⁰ So anschaulich Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 121.

Herbeiführung einer zusätzlichen (konkreten oder potentiellen) Gefahr für andere Personen lässt sich eine Erhöhung des Unrechts stützen. Frei von normativen Brüchen ist indes auch dieses Merkmal nicht. Anführen lässt sich insoweit das folgende „hinreichend bekannt[e] Paradoxon“³¹: Die vorsätzliche Tötung einer Person, bei der wegen des gewählten Mittels zugleich mehrere andere Personen in eine (konkrete oder potentielle Lebens-)Gefahr geraten, führt zum Mord. Handelt der Täter dagegen mindestens mit Eventualvorsatz hinsichtlich der Tötung all dieser Personen, ist lediglich ein einfacher, freilich mehrfacher (vollendeter oder versuchter) Totschlag gegeben. Um diesen Widerspruch zu beseitigen, wurde vorgeschlagen, Mehrfachtötungen in den Mordtatbestand aufzunehmen oder sie jedenfalls einem Mord gleichzustellen (durch Anwendung des § 212 II StGB)³². Vordergründig gesehen, lässt sich der Widerspruch auf diese Weise zwar beheben. Das Problem dieser Lösung liegt jedoch darin, dass es dann nur noch schwer möglich sein dürfte, eine einfache vorsätzliche Tötung als Mord auszuweisen und mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu ahnden. Stuft man nämlich „erst“ Mehrfachtötungen als Mord ein, verschiebt sich zwangsläufig der Maßstab. Im Ergebnis führte eine solche Lösung deshalb zu einer Entwertung des Guts „Leben“. Darauf ist sogleich noch einmal zurückzukommen. Im Weiteren ist zu bedenken, dass ein Täter, der mehrere Menschen vorsätzlich tötet, selbstverständlich mehr Unrecht begeht als ein Täter, der nur eine Person vorsätzlich tötet. Es ist in diesen Fällen aber nicht der Unrechtsgehalt einer Tötung, der erhöht wird, sondern das Tötungsunrecht wird vielmehr mehrfach verwirklicht. Darüber hinaus wurde, um den angesprochenen Wertungswiderspruch auszuräumen, vorgeschlagen, einen Mord bereits dann anzunehmen, wenn die vom Vorsatz erfassten Personen als „Repräsentanten der Allgemeinheit“ anzusehen sind³³. Nach diesem Kriterium scheidet Mord aus, sofern der Täter seine Opfer gezielt ausgewählt oder individualisiert hat; denn dadurch habe er sie dem Kreis der Allgemeinheit entzogen³⁴. Damit hängt das Vorliegen dieses Mordmerkmals schon auf objektiver Ebene von der Vorstellungswelt des Täters ab. So sind Personen schon deshalb keine Zufallsopfer mehr, weil der Täter sie ausgesucht hat, um sie zu töten – gleich, ob sie selbst dazu einen Beitrag geleistet haben oder nicht. Man vermisst bei dieser Ansicht ein überzeugendes normatives Prinzip³⁵.

³¹ Formulierung von Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 122.

³² Geilen, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 613 (621 f. mit Fn. 20); Eser (Fn. 4), D 200 (2. Alternative § 211 II Nr. 1); Alternativ-Entwurf 1970 (Fn. 9), S. 7 (§ 100 II Nr. 1); Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, S. 193 (200); Reformvorschlag von Rissing-van Saan (Sitzung vom 26. November 2014), § 211 II Nr. 4; ferner Kargl, JZ 2003, S. 1141 (1148).

³³ Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 15. Aufl., 2014, § 4 Rdnr 46 ff.; ders., StV 1986, S. 405 (407 ff.); dem Ansatz zustimmend Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 61; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3), § 211 Rdnr 29.

³⁴ So Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 61.

³⁵ Ebenfalls ablehnend Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 122 („keine nachvollziehbaren Ergebnisse“); siehe ferner Grünewald (Fn. 1), S. 176 ff.

In Reformvorschlägen der letzten Jahre taucht im Weiteren als strafschärfendes Regelbeispiel eine bandenmäßige Tatbegehung auf³⁶. Auch dieses Merkmal, bekannt vor allem aus dem Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte (z.B. §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2, 263 III Nr. 1 StGB), vermag gesteigertes Unrecht anzuzeigen.

Das Vorliegen sämtlicher bislang genannter objektiver Merkmale schließt indes nicht aus, dass zugleich Minderungen des Unrechts denkbar sind. In diesem Fall kann die Unrechtserhöhung wieder rückgängig gemacht werden, wie bereits zu den möglichen Unrechtssteigerungen durch eine qualifizierte Form des Vorsatzes ausgeführt. Als absolute Merkmale kommen sie daher nicht in Betracht. Das größte Problem dieser wie aller anderen denkbaren Mordmerkmale liegt jedoch darin liegt, dass ihnen, wie bereits angesprochen, eine Entwertung des Guts „Leben“ immanent ist. Diese Konsequenz tritt unabhängig davon ein, ob es sich um objektive oder subjektive Mordmerkmale handelt, und ebenso, ob diese als Qualifikationsmerkmale oder als Regelbeispiele gefasst werden. Wenn nämlich die Annahme eines Mordes oder die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe eine vorsätzliche Tötung plus bestimmte weitere erschwerende (objektive oder subjektive) Gegebenheiten erfordert, ist die Annahme eines Mordes und die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe beim Vorliegen „nur“ einer vorsätzlichen Tötung normativ nicht mehr plausibel zu begründen. Hierin liegt das zentrale Defizit aller Reformvorschläge, die mit Qualifikations- oder strafschärfenden Kriterien arbeiten und somit eine Abstufung nach oben vorsehen. Sie werden dem Stellenwert, welches das Gut „Leben“ nach unserer Rechtsordnung hat und auch haben sollte, nicht vollends gerecht³⁷. Arzt hat dieses Problem treffend einmal so beschrieben: „Welche Geringschätzung des Rechtsguts ‚Leben‘ liegt dem geltenden Recht [und Reformentwürfen] zugrunde, wenn die vorsätzliche Lebensverletzung nur mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist, und welche Überschätzung der Mordmerkmale und der darin liegenden Schuld- oder Unrechtssteigerung, wenn ihr Hinzutreten zur Anhebung der Strafe [...] auf lebenslänglich führt.“³⁸ Der Verzicht auf Mordmerkmale und die Möglichkeit, eine lebenslange Freiheitsstrafe bereits bei einer vorsätzlichen Tötung zu verhängen, sofern mildernde Umstände nicht vorliegen, impliziert daher eine Aufwertung des Guts „Leben“³⁹ und macht deutlich, dass es ausschließlich um Lebensschutz geht⁴⁰. Bei den bisher erörterten objektiven Tatmodalitäten,

³⁶ Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, S. 193 (200): „[...] in bandenmäßigem Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerkes, deren Tätigkeit Gewalttaten zum Gegenstand hat [...]“; Rissing-van Saan, Reformvorschlag vom 26. November 2014: „als Mitglied einer Bande oder Organisation handelt, die auch die Begehung von Gewalttaten zum Gegenstand hat“.

³⁷ Im Ergebnis ebenso Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, S. 9 (15): „ungerechtfertigte Überbewertung von Tatmodalitäten und Tatumständen“ und „Abwertung des Rechtsguts selbst“.

³⁸ Arzt, ZStW 83 (1971), S. 1 (12 f.); ebenso Eser (Fn. 4), D 92 und 98.

³⁹ So bereits Eser (Fn. 4), D 92.

⁴⁰ Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, S. 9 (14).

die grundsätzlich eine Steigerung des Tötungsunrechts auslösen können, dürfte demgegenüber, richtig besehen, die Annahme der Schuldswereklausel naheliegen (§ 57a StGB)⁴¹. Das gilt augenscheinlich bei Mehrfachtötungen, kommt aber bei den anderen genannten objektiven Merkmalen gleichfalls in Betracht⁴². Auch deshalb empfiehlt es sich nicht, bereits die Abstufung von Mord und Totschlag auf diese Kriterien zu stützen; denn damit sind sie verbraucht (vgl. § 46 III StGB)⁴³.

Anders verhält es sich hingegen mit dem Mordmerkmal „Heimtücke“. Dieses ist nicht geeignet, eine Unrechtserhöhung anzuzeigen⁴⁴. Nach der Basisdefinition erfordert Heimtücke das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit. Hierin soll sich eine erhöhte Gefährlichkeit oder Verwerflichkeit des Täters ausdrücken⁴⁵. Bereits diese Grundannahme lässt sich nicht halten. Jescheck hat schon in den 1950er-Jahren darauf hingewiesen, dass eine heimtückische Vorgehensweise nicht selten die „Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität“ ist⁴⁶. Paradigmatisch zeigt sich das in den sogenannten Haustyrannenfällen⁴⁷. Schwerlich wird man behaupten können, dass die Täterinnen dieser Taten besonders gefährlich oder verwerflich sind. Dem Merkmal ist vielmehr eine „strukturelle[] Benachteiligung des physisch [...] Schwächeren“ eigen⁴⁸. Begünstigt wird der körperlich überlegene Täter, der es sich leisten kann, aggressiv und offen feindselig vorzugehen. Dass Täter, die ihrem Opfer in einer solchen Weise entgegentreten (können), als weniger gefährlich oder verwerflich anzusehen sind, drängt sich ebenfalls nicht auf. Hinzu kommt, dass sich die angenommenen Verteidigungsmöglichkeiten, die zu einer Verneinung des Merkmals „Heimtücke“ führen, oftmals im „Randbereich [einer] theoretischen Fiktion“ bewegen⁴⁹. Mit anderen Worten: Dem Opfer werden Verteidigungsmöglichkeiten zugeschrieben, die wegen der (körperlichen) Überlegenheit des Täters faktisch (so gut wie) nicht realisierbar sind. Darüber hinaus erweist es sich als nicht minder fragwürdig, dass bestimmte Opfergruppen von vornherein ausgenommen bleiben. Kleinkinder und Bewusstlose können nach überwiegender, auch

⁴¹ Dass § 57a StGB auch zur Anwendung kommt, wenn die lebenslange Freiheitsstrafe nicht absolut, sondern – wie es hier vorgeschlagen wird – neben einer zeitigen Freiheitsstrafe angedroht wird, dürfte unstrittig sein. Zu Problemen, die sich gleichwohl ergeben können, vertiefend Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 110 ff.

⁴² Kett-Straub (Fn. 41), S. 204, 240 f., 247 ff.

⁴³ Die zumindest entsprechende Anwendung des § 46 III StGB auf § 57a StGB dürfte nicht umstritten sein, vgl. Kett-Straub (Fn. 41), S. 218 ff.

⁴⁴ Ebenso etwa Roxin (Fn. 2), S. 21 (24).

⁴⁵ Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 46 (dort zutreffend auch zur Austauschbarkeit beider Kriterien).

⁴⁶ Jescheck, JZ 1957, S. 386 (387); zustimmend u.a. Roxin (Fn. 2), S. 21 (24); siehe auch Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 47: „geschlechtsspezifische Selektivität des Heimtücke-Merkmals“; die Formulierung greift jedoch zu kurz, weil es um eine generelle und nicht nur geschlechtsspezifische Problematik geht.

⁴⁷ Zuletzt BGHSt 48, 255 ff.

⁴⁸ Frommel, StV 1987, S. 292 (293); ebenso Rengier, NSTz 2004, S. 233 (234).

⁴⁹ So zutreffend Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 300 mit Fn. 18; ferner bereits M.-K. Meyer, JR 1979, S. 441 (444). Ganz in diesem Sinne hat zuletzt erneut Roxin darauf hingewiesen (Fn. 2, S. 21 [24]), dass derjenige, der „seinem unbewaffneten Gegner offen feindselig und mit tödlicher Waffe gegenübertritt“, diesem „keine Chance“ lasse. Nachweise zu entsprechenden Entscheidungen bei Grünewald (Fn. 1), S. 129 in Fn. 539.

vom BGH vertretener Ansicht nicht heimtückisch getötet werden, Schlafende aber schon, weil sie ihre Arglosigkeit mit in den Schlaf nehmen⁵⁰. Hieraus folgt: Wird ein drei Monate altes Kind im Schlaf getötet, scheidet Heimtücke aus. Demgegenüber liegt Heimtücke vor, wenn eine 30 Jahre alte Person im Schlaf getötet wird. Das Ergebnis ist befremdlich; und es wird auch nicht plausibler, wenn man die Begründung hinzunimmt: Das Kind hätte auch im wachen Zustand getötet werden können, ohne dass Heimtücke in Frage kommt, weil es sich ohnehin nicht hätte zur Wehr setzen können. Selbst wenn man also bei kleinen Kindern Arglosigkeit für möglich hält⁵¹, so ist die Wehrlosigkeit jedenfalls nicht Folge dieser Arglosigkeit. Abermals zeigt sich: Das Merkmal benachteiligt systematisch schwache, wehrlose Personen. Ihm liegt offenbar das Bild einer kraftvollen und wehrhaften (männlichen) Person zugrunde⁵² – ein Maßstab, der sich kaum noch als zeitgemäß ansehen lässt. Normativ gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, Kleinkinder und Bewusstlose anders zu behandeln als Schlafende⁵³. Die Begründungen, die zur Differenzierung der einzelnen Fallgruppen angeboten werden, wirken sämtlich gekünstelt⁵⁴. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass sich weitere Personengruppen anführen lassen, wie beispielsweise Schwerstkranke oder geistig (schwer) behinderte Personen, bei denen eine heimtückische Vorgehensweise tendenziell ebenfalls ausgeschlossen ist⁵⁵. Die Lösung dieser Fälle überzeugt ebenso wenig wie der Ausschluss der Heimtücke bei Opfern mit nahezu „fiktiven“ Verteidigungsoptionen und die Bejahung der Heimtücke in den Haustyrannenfällen. Das Mordmerkmal vermittelt daher den Eindruck, dass mit ihm gleicher Schutz für alle Personen(gruppen) nicht gewährleistet werden kann. So entbehren die erläuterten Unterscheidungen offensichtlich einer sachgerechten Grundlage. Durch Auslegung ist diesen Schwierigkeiten nicht beizukommen. Das Merkmal „Heimtücke“ ist nach allem kein taugliches Kriterium, um eine Erhöhung des Tötungsunrechts (verglichen mit einer „normalen“ vorsätzlichen Tötung) anzuzeigen. Wegen der strukturellen Defizite lässt sich die Heimtücke anders als die anderen erörterten objektiven Merkmale auch nicht dazu heranziehen, um eine besondere Schwere der Schuld des Täters im Sinne des § 57a StGB zu begründen.

⁵⁰ Siehe für die h.M. Maurach/Schroeder/Maiwald (Fn. 10), § 2 Rdnr 44; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3), § 211 Rdnr 25c; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 41; Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 168 ff. – alle m.w.N., auch zur Rechtsprechung.

⁵¹ In diesem Sinne Gössel/Dölling [Fn. 10] § 4 Rdnr 99 f.); ablehnend die h.M., siehe nur Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 169; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 41; zurückhaltend Fischer (Fn. 3), § 211 Rdnr 43.

⁵² Vergleichbar bereits Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 4 Rdnr 23, und Schorsch, in: Perversion, Liebe, Gewalt, hrsg. von Schmidt/Sigusch, 1993, S. 139 (141).

⁵³ Eingehender bereits Grünwald (Fn. 1), S. 127 ff.; wie hier u.a. Otto, Jura 1994, S. 141 (149); ders., Jura 2003, S. 612 (618 f.); ders., NStZ 2004, S. 142; Bosch/Schindler, Jura 2000, S. 77 (79 f.). – Die Unterscheidung mag, worauf Fischer hinweist, „pragmatisch“ sein, weil ansonsten jede Tötung eines Säuglings oder kleinen Kindes als heimtückisch einzustufen wäre ([Fn. 3], § 211 Rdnr 43).

⁵⁴ Zu denken ist etwa an die Annahme, dass der Schlafende anders als der Bewusstlose und das Kleinkind seine Arglosigkeit mit in den Schlaf nehme (BGHSt 32, 382 [386]; 48, 255 [258]), sowie die Begründung des BGH im sog. Brei-Fall (BGHSt 8, 216 [218 f.]) und das Abstellen auf schutzbereite Dritte bei der Tötung von kleinen Kindern (etwa BGH NStZ-RR 2006, S. 43).

⁵⁵ Siehe Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 168.

b) *Besondere Schutzpflicht für das Gut „Leben“ des Opfers*

Unrechtssteigerungen sind aber im Weiteren begründet, wenn der Täter gegenüber der getöteten Person eine gesteigerte rechtliche Pflicht hatte, deren Leben zu schützen bzw. entsprechende Verletzungen (oder auch Gefahren) von ihr abzuwenden⁵⁶. Bei diesen Pflichten handelt es sich um Garantenpflichten nach § 13 I StGB – genauer und der gängigen Terminologie entsprechend: um Beschützergarantenpflichten. Garantenpflichten sind rechtliche und damit nicht bloß moralisch oder sittlich gebotene Pflichten. Letzteres würde auch nicht genügen, sofern man eine rechtlich begründete Abstufung bei den Tötungsdelikten anstrebt. § 13 I StGB setzt aber explizit eine rechtliche Einstandspflicht zur Abwendung des schädigenden Erfolgs voraus, so dass er bedenkenlos als Anknüpfungspunkt für eine Unrechtssteigerung in Betracht gezogen werden kann. Da es in unserem Kontext um Tötungsdelikte geht, bedarf es zudem einer qualifizierten rechtlichen Pflicht, gerade das Leben der betreffenden Person zu schützen. Qualifizierte Schutzpflichten, die ein anderes Gut betreffen (z.B. Vermögen), reichen selbstverständlich nicht aus; sie sind in diesem Zusammenhang belanglos.

Wer einen anderen Menschen durch eine Handlung vorsätzlich tötet, verstößt gegen die allgemeine, jeder Person obliegende Pflicht, andere nicht zu verletzen („neminem laede!“). Trifft den Täter jedoch neben dieser allgemeinen Pflicht zusätzlich eine besondere rechtliche Pflicht im Sinne des § 13 I StGB, Schaden vom Opfer abzuwenden, lässt sich damit eine Steigerung des Unrechts fundieren. Zur Erläuterung ein Beispiel: Der Vater, der ein fremdes vier Jahre altes Kind tötet, verstößt gegen das allgemeine Schädigungsverbot. Tötet der Vater hingegen sein gleichaltriges Kind, verstößt er zusätzlich gegen die besondere, ihm als Vater von der Rechtsordnung auferlegte Pflicht, sein Kind vor Lebens- (und anderen) Gefahren zu schützen. Die normative Differenz beider Fälle tritt deutlich hervor im Falle eines Unterlassens: Greift der Vater nicht ein, wenn ein fremdes Kind im See ertrinkt, macht er sich wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar (§ 323c StGB). Bleibt er dagegen untätig, wenn sein eigenes Kind ertrinkt, ist er wegen vorsätzlicher Tötung durch Unterlassen strafbar. Die unterschiedliche Bewertung der Pflichten, die in der gesetzlichen Regelung des Unterlassens klar und treffend zum Ausdruck kommt, lässt sich auf Fälle eines aktiven Tuns übertragen und muss dort konsequenterweise zu einer Erhöhung des Unrechts führen.

⁵⁶ Ausführlichere Begründung bei Grünewald (Fn. 1), S. 178 ff.; siehe ferner bereits Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, 8/81 f.

Die nähere Festlegung der Pflichten, die eine Erhöhung des Unrechts auslösen, ergibt sich in strikter Anlehnung an die Dogmatik der (Beschützer-)Garantenpflichten. Im Folgenden werden zur Veranschaulichung nur einige markante Beispiele herausgegriffen⁵⁷: Als Prototyp eines gesteigerten Pflicht- und Schutzverhältnisses ist das Eltern-Kind-Verhältnis anzuführen. Töten Eltern ihre (kleinen) Kinder vorsätzlich durch aktives Tun, liegt stets ein gesteigertes Tötungsunrecht vor. So kommen insbesondere Unrechtsminderungen in diesen Fällen von vornherein nicht in Frage (zur Begründung von Unrechtsminderungen noch unten C I). Aus dieser Perspektive gesehen, ist es keineswegs unproblematisch, wenn derartige Fälle in der Rechtspraxis vielfach eine milde Bewertung erfahren. Auf Unrechtsebene ist eine solche nämlich gerade nicht zu begründen, allenfalls sind Schuldinderungen möglich. Wechselseitige gesteigerte Schutzpflichten, die sich auf das Gut „Leben“ beziehen, bestehen ferner grundsätzlich für Ehegatten sowie für eingetragene homosexuelle Lebenspartner oder auch für Paare, die in einer auf Dauer angelegten und von gegenseitiger Fürsorge geprägten engen Beziehung leben. In den in der Praxis oft vorkommenden Fällen von Beziehungstötungen dürften derartige (Schutz-)Pflichten gleichwohl durchweg nicht mehr anzuerkennen sein. Denn wenn Beziehungspartner sich töten, ist das wohl stets Folge eines nachhaltig und schwerwiegend gestörten Verhältnisses, in dem ein besonderer Vertrauenstatbestand nicht mehr angenommen werden kann. Damit fehlt dann aber auch die normative Grundlage zur Anerkennung einer gesteigerten Verantwortung der Partner füreinander, unabhängig davon ob die Ehe oder Lebenspartnerschaft formell noch besteht. Praktisch von großer Relevanz dürften des Weiteren Fälle sein, in denen alte, kranke oder pflegebedürftige Personen in ein Altenheim, Krankenhaus oder eine andere Pflegeeinrichtung aufgenommen wurden und dort vom Personal dieser Einrichtung durch aktives Tun getötet werden. Für das Pflegepersonal besteht nämlich in all diesen Fällen eine gesteigerte Schutzpflicht gegenüber den ihnen anvertrauten kranken oder pflegebedürftigen Personen.

Besonders hervorzuheben ist in diesem Kontext – was sich aber aus den Ausführungen bereits erschließen dürfte –, dass auch in Fällen, die als „Kindestötung“⁵⁸ bezeichnet werden und die bis 1998 von § 217 a.F. StGB erfasst worden sind, eine mildere Bewertung der Tat nicht auf einen verringerten Unrechtsgehalt gestützt werden kann. Die aus der qualifizierten Schutzpflicht abgeleitete Unrechtssteigerung gilt vielmehr ohne Einschränkung für eine Mutter, die ihr Kind – sei es ehelich, nichtehelich sowie ungewollt – unmittelbar nach der Geburt tötet. Daher kann eine mildere Bewertung nur durch eine Minderung der Schuld erreicht

⁵⁷ Eingehender Grünewald (Fn. 1), S. 182 ff.

⁵⁸ Zum Neonatizid und seiner Abgrenzung von anderen Tötungen (kleinster und kleiner) Kinder durch ihre Mutter oder Eltern Mundt, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2009, S. 16 (17); Höynck, Verhaltenstherapie 2010, S. 29 (31).

werden. Für Kindestötungen nun erneut einen gesonderten Privilegierungstatbestand einzuführen ist nicht zu befürworten. Dagegen spricht bereits, dass eine solche Norm sich nicht schlüssig in ein unrechtsbezogenes Abstufungskonzept integrieren lässt, wie es hier vorgeschlagen wird (unter D). Ein solcher Tatbestand empfiehlt sich aber auch aus anderen Gründen nicht: Die Auseinandersetzung mit der Kindestötung weist historisch zwar eine beachtliche und bemerkenswerte Tradition auf⁵⁹, und das Delikt lässt sich sogar als „Schlüsseldelikt der strafrechtsreformerischen Bewegungen des 18. Jahrhunderts“ bezeichnen⁶⁰. Die Gründe, die zu einer gesonderten Behandlung der Kindestötung führten, waren aber durchweg gesellschafts- oder sozialpolitischer Art⁶¹. Die gesellschaftlichen und sozialen (Rahmen-)Bedingungen haben sich seither jedoch grundlegend geändert; eine mit dem 18. oder 19. Jahrhundert vergleichbare Lage besteht heute weder für (junge) Frauen generell noch für nichtehelich (oder auch ehelich) Gebärende speziell⁶². Fälle von Kindestötungen sollten daher mit den allgemeinen Vorschriften bewältigt werden. Zu verweisen ist auf § 21 StGB⁶³ (und gegebenenfalls das JGG). Sollte danach eine Entlastung nicht möglich sein, scheidet diese aus.

In den erörterten Fällen gesteigerter Schutzpflichten sind Unrechtsminderungen kategorisch ausgeschlossen, wenn es um die Tötung von Kindern geht. Für die Tötung hochbetagter oder schwerstkranker Personen kann ebenfalls zumeist davon ausgegangen werden, dass Unrechtsminderungen nicht in Frage kommen. Insoweit ließe sich das gesteigerte Schutzverhältnis sogar als absolutes Merkmal aufstellen. Auf der anderen Seite muss jedoch berücksichtigt werden, dass, wie die Praxis zeigt, in diesen Fällen die Schuld oftmals gemindert ist. Dieses Merkmal als absolutes Mordmerkmal einzuführen empfiehlt sich daher nicht.

II. Schuldsteigerungen

Mordmerkmale – sei es in Form eines Qualifikationstatbestands oder von Regelbeispielen – könnten darüber hinaus als Kriterien einer über das Unrecht hinausreichenden Schuld begriffen werden. Dies entsprach vor allem dem Strafrechtsverständnis der 1950er-Jahre. Als

⁵⁹ Dazu Grünewald, in: Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, hrsg. von Koch/Kubicel/Löhnig/Pawlik, 2014, S. 353 (361 ff.).

⁶⁰ Michalik, Feministische Studien 1994, S. 44 (49).

⁶¹ Lammel, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2008, S. 96 (103 f.); Grünewald (Fn. 59), S. 353 (363 ff.).

⁶² Vgl. auch BT-Drucks. 13/8587 vom 25.09.1997, S. 34 („nicht mehr zeitgemäß“).

⁶³ Zur Pathogenese solcher Taten siehe Mundt, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2009, S. 16 (19 f.); ferner Lammel, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2008, S. 96 (99 ff.).

zentraler Begriff, mit dem diese Schuldsteigerung geleistet wurde, fungierte die Gesinnung⁶⁴. Schuld wurde verstanden als sittlich missbilligte, wertwidrige Gesinnung⁶⁵ und hatte einen positiven Gehalt, der dem Unrecht etwas Neues und Eigenständiges hinzufügte⁶⁶. Man legte Wert darauf, dass es nur um die „Einzeltatgesinnung“ gehen dürfe⁶⁷, da es in einem Tatstrafrecht nicht angezeigt sei, über eine Lebensführungs- oder Charakterschuld zu befinden⁶⁸. Unklar blieb allerdings, wie man eine solche Einzeltatgesinnung, die verglichen mit einer dauerhaften Gesinnung ein flüchtiges Phänomen darstellt, verlässlich feststellen könnte⁶⁹. Dadurch jedoch, dass der Schuld ein eigenes und vom Unrecht unabhängiges Substrat zugesprochen wurde, war es möglich, diese entsprechend dem Ausmaß der Verwerflichkeit der Gesinnung zu graduieren⁷⁰. Damit konnte eine Steigerung der Schuld über das begangene Unrecht hinaus begründet werden⁷¹. In der Berücksichtigung von Gesinnungsmerkmalen, wozu die (zumal subjektiven) Mordmerkmale zählten, sah man „die fortschreitende Ethisierung des Strafrechts“⁷². Das war affirmativ gemeint. Denn eine Ethisierung des Strafrechts zu erreichen war ein Anliegen der damaligen Zeit. Heutzutage gilt ein solches Strafrechtsverständnis als überholt.

Die Gründe seien knapp skizziert⁷³: Im (Straf-)Recht kann es keine Schuld geben, die größer ist als das begangene Unrecht; sie kann maximal die Höhe des Unrechts erreichen, allenfalls kann sie niedriger sein als das Unrecht. Denn was auch sollte Gegenstand einer Schuld sein, die das Unrecht überragt? Man könnte hier prinzipiell denken an Schuld in einem moralischen, sittlichen oder religiösen Sinn. Eine solche Schuld mag es geben, und es mag ebenfalls sein, dass sie höher ist als ein begangenes Unrecht. Allerdings gehört es nicht zu den Aufgaben des Strafrechts – allgemeiner könnte man auch sagen: des Staats –, sich mit einer solchen Art der Schuld zu befassen. Im Strafrecht kann Schuld nur Rechtsschuld sein, eine Schuld also, die streng unrechtsbezogen ist⁷⁴. Ungeachtet dessen mag es sogar vielfach so

⁶⁴ Zutreffend bezeichnet Hörnle die für die „fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts typische Verbindung von ‚Gesinnung‘ und ‚Schuld‘ [als den] beklagenswerte[n] Versuch, den Topos ‚Gesinnung‘ über die Zeit zu retten“ (Festschrift für Frisch, 2013, S. 653 [660]).

⁶⁵ Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, S. 174 (Schuld als „sittlich-wertwidriges geistiges Verhalten“), 186 et passim; ähnlich Gallas, *ZStW* 67 (1955), S. 1 (44 ff.).

⁶⁶ Schmidhäuser (Fn. 65), S. 182, 211, 217 ff.

⁶⁷ Schmidhäuser (Fn. 65), S. 138, 176, 192, 197; desgleichen Gallas, *ZStW* 67 (1955), 1 (45 f.).

⁶⁸ Deziert Schmidhäuser (Fn. 65), S. 97 ff., 116 ff.

⁶⁹ Zur Kritik siehe Grünwald (Fn. 1), S. 195 f. m.w.N.

⁷⁰ Schmidhäuser (Fn. 65), S. 196 f., 209, 211; Gallas, *ZStW* 67 (1955), S. 1 (45 f.).

⁷¹ Schmidhäuser (Fn. 65), S. 223 ff., 243; Gallas, *ZStW* 67 (1955), S. 1 (44 ff.).

⁷² Schmidhäuser (Fn. 65), S. 268.

⁷³ Ausführlicher Grünwald (Fn. 1), S. 205 ff.

⁷⁴ Eine Steigerungsfähigkeit der Schuld über das Unrecht hinaus lehnen u.a. ab: Hörnle (Fn. 64), S. 653 (661 f.); dies., *JZ* 1999, S. 1080 (1087); Haas, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, S. 251 ff.; Timm, *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 165 ff., 184; Schild, *Nomos Kommentar*, 1. Band, 4. Aufl., 2013, § 20 Rdnr 2; ebenso Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, 1993, S. 102. – Andere Ansicht Kelker (Fn. 16), S. 446 ff., 457 ff.; dem Ansatz Kelkers zustimmend Kubik/Zimmermann, *StV* 2013, S. 582 (585 f.), sowie Reinhard, in seinem Referat am 8. Oktober 2014, S. 43 Fn. 147. Eingehende Kritik an Kelkers Konzept bei Timm (a.a.O.), S. 184 ff.

sein, dass sich rechtliche und moralisch-sittliche Schuld entsprechen. In einem liberalen Rechtssystem geht es aber nicht darum, eine über das Unrecht hinausragende genuin moralische oder sittliche Schuld festzustellen und zu sanktionieren. Insofern ist Schuld im rechtlichen Kontext ausschließlich rechtliche Schuld und nicht etwa rechtliche Schuld plus eine eigenständige moralische oder sittliche Schuld⁷⁵. Folge hiervon ist, dass sich (im Recht) der Schuld- und der Unrechtsgehalt einer Tat stets decken, sofern die Schuld nicht gemindert ist. Man könnte deshalb auch auf den Schuldvorwurf verzichten und es beim Unrechtsvorwurf belassen⁷⁶. Insbesondere sollte mit dem Schuldvorwurf keine moralische Abwertung der Täterpersönlichkeit verbunden sein⁷⁷.

Als Kriterium einer gesteigerten Schuld ist außerdem das Überlegungsmerkmal anzuführen, mit dem der Mordtatbestand von 1871 bis 1941 begründet wurde⁷⁸. Eine eingehendere Auseinandersetzung mit diesem Merkmal findet hier nicht statt⁷⁹, nur einige wenige Bemerkungen seien angefügt. Dogmatisch ist das Kriterium in § 17 StGB zu verorten. Die Überlegung stellt – wenn man so will – eine qualifizierte Form der Unrechtseinsicht dar⁸⁰. Dem liegt die Vorstellung eines Täters zugrunde, der – über die Einsicht, ein Unrecht zu begehen, hinaus – die für und gegen die Begehung des Unrechts sprechenden Gründe mehr oder weniger intensiv abwägt. Gegen das Überlegungskriterium lässt sich nicht geltend machen, dieses füge dem Recht eine spezifisch moralisch-sittliche Komponente hinzu (wie soeben). Die Problematik dieses Merkmals liegt aber, allein strafrechtsdogmatisch gesehen⁸¹, darin, dass es nach § 17 StGB genügt, wenn der Täter erkennt, dass sein Verhalten ein Unrecht ist⁸². Anhaltspunkte dafür, dass eine gesteigerte Form der Unrechtseinsicht erschwerend ins Gewicht fällt, gibt es im Gesetz nicht. Insofern spräche noch mehr dafür, als Qualifikationsmerkmal die Absicht zu benennen⁸³, da absichtliches und wissentliches Verhalten auch in § 226 II StGB hervorgehoben werden. Als absolute Merkmale sind aber die beiden qualifi-

⁷⁵ Die Rede von Schuld bzw. Strafe als sozialetischer Vorwerfbarkeit bzw. sozialetischem Tadel ist daher zumindest irreführend und ungenau; siehe Schild (Fn. 74), § 20 Rdnr 2; ferner Haas (Fn. 74), S. 244 ff. Es wäre daher besser, auf die Redewendung zu verzichten.

⁷⁶ Das hat jüngst Hörnle (Fn. 11, 2013), S. 49 ff., vorgeschlagen. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, braucht man nicht auf die Debatte um die Willensfreiheit zu rekurrieren (so der Ansatz von Hörnle, ebd., S. 23 ff., 31 ff.). Die These lässt sich bereits auf die obigen Erörterungen stützen, mithin darauf, dass die Schuld dem Unrecht nichts hinzufügt (was Hörnle, ebd., S. 58, einräumt).

⁷⁷ Zu Recht hervorgehoben von Haas (Fn. 74), S. 252.

⁷⁸ Ausführlicher Grünewald (Fn. 1), S. 69 ff.

⁷⁹ Siehe hierzu das Referat von Safferling, Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, Sitzung vom 8. Oktober 2014.

⁸⁰ Um eine dogmatische Verankerung dieses Merkmals bemüht sich vor allem Köhler, GA 1980, 121 ff. Die Begründung, die Köhler gibt, ist anspruchsvoll und vermutlich die bestmögliche, die man geben kann.

⁸¹ Weitere Einwände bei Grünewald (Fn. 1), S. 199 ff.

⁸² Genau genommen genügt es sogar, wenn er hätte erkennen können, dass sein Verhalten ein Unrecht ist, sein diesbezüglicher Irrtum also vermeidbar war.

⁸³ Vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches 1970 (Fn. 9, S. 7), wo als Regelbeispiel „absichtliches“ Handeln aufgeführt wird (§ 100 II Nr. 4).

zierten Vorsatzformen ebenfalls nicht geeignet (siehe bereits zu I 1). Nichts anderes würde für die Überlegung gelten⁸⁴.

III. Motiv- und Absichtsmerkmale

Legt man die Prämisse zugrunde, dass rechtliche Schuld das Unrecht einer Tat nicht übersteigen kann, können die Motiv- und Absichtsmerkmale des § 211 II StGB nicht als Schuldmerkmale aufgefasst werden. Der Sache nach lassen sie sich demzufolge nur noch als Unrechtsmerkmale klassifizieren⁸⁵. Ihrem Wesen und ihrer Herkunft nach jedoch sind die täterbezogenen Mordmerkmale, auch wenn man sie dem Unrecht zurechnet, unzweifelhaft Gesinnungsmerkmale⁸⁶. Deshalb lässt sich die Einführung des § 211 RStGB im Jahr 1941 als ein „besonderer Meilenstein in der Geschichte der Gesinnungsmerkmale“ bezeichnen⁸⁷. Kennzeichen der subjektiven Mordmerkmale ist es, dass sie auf eine bestimmte Einstellung („Gesinnung“) des Täters Bezug nehmen, aus der heraus die Tat begangen wurde. Dabei wird das Ausmaß des äußeren (Verletzungs-)Schadens durch die Einstellung des Täters nicht berührt: Das Opfer ist bei einer vorsätzlichen vollendeten Tötung stets tot, gleich ob man die Motive des Täters nach (außerrechtlichen) Wertvorstellungen als gut oder schlecht beurteilt⁸⁸. Schon bei unvoreingenommener Betrachtung drängt sich daher die Frage auf, ob den Motiven des Täters eine solche Bedeutung zugemessen werden kann, dass sie den Unterschied von Mord und Totschlag und damit den zwischen einer lebenslangen und zeitigen Freiheitsstrafe zu tragen vermögen. Da das Strafrecht dem Schutz äußerer Freiheitsphären dient, wäre zu erwarten, dass es sich auch im Wesentlichen auf äußere Abläufe und Geschehnisse konzentriert. Zumal es bei den Motiv- und Absichtsmerkmalen in § 211 II StGB auch nicht um eine unmittelbar rechtsgutsbezogene Einstellung des Täters geht, wie dies beim Vorsatz der Fall ist, sondern um eine Haltung, die weit darüber hinausreicht.

So beziehen die täterbezogenen Mordmerkmale die Innenwelt des Täters in einem weiten Maße in die strafrechtliche Beurteilung ein. Das unterscheidet sie vom Vorsatz und delikt-konstitutiven Absichten. Unvermeidbar wird damit das Tatstrafrecht angereichert mit täter-

⁸⁴ Köhler, der die Überlegung als schuldsteigernde Komponente anerkennt, weist dieser dementsprechend nicht die Funktion eines absoluten Merkmals zu; siehe dens., JuS 1984, S. 762 (765 ff., 770), und GA 1980, S. 121 (137 ff.).

⁸⁵ In diesem Sinn Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 195 ff.; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 4.

⁸⁶ Kelker (Fn. 16), S. 82 ff.; Safferling (Fn. 3), § 211 Rdnr 7.

⁸⁷ So Kelker (Fn. 16), S. 75.

⁸⁸ Siehe auch Haas (Fn. 74), S. 252; ferner Hörnle, (Fn. 64), S. 653 (657).

strafrechtlichen Elementen⁸⁹. Das gilt selbst für die beiden Absichtsmerkmale in § 211 II StGB, die Verdeckungs- und die Ermöglichungsabsicht. Denn diese sind anders als die Absichtsmerkmale der Zueignungs- und der Bereicherungsdelikte für den Deliktstyp nicht konstitutiv⁹⁰. Die Aufnahme beider Merkmale in den § 211 II StGB darf man daher als akzidentuell einstufen⁹¹. Dennoch: Auf den ersten Blick erscheinen die beiden Absichtsmerkmale unverfänglich, vor allem im Vergleich zu den niedrigen Beweggründen, da sie einen Bezug zu einer Straftat und damit einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt herstellen. Dies suggeriert auch die geläufige Formel, wonach ein Unrecht mit einem weiteren Unrecht verknüpft werde⁹². Ginge es darum, dass ein Unrecht zu einem anderen Unrecht hinzutritt, hätte man es bei der Verdeckungs- und Ermöglichungsabsicht mit zwei objektiven Mordmerkmalen zu tun – durchaus vergleichbar dem Merkmal „grausam“, bei dem typischerweise eine Körperverletzung zu einer vorsätzlichen Tötung hinzukommt. Es handelt sich jedoch um subjektive (Absichts-)Merkmale. Folge hiervon ist, dass es nicht darauf ankommt, ob tatsächlich eine andere Straftat, die verdeckt oder ermöglicht werden soll, vorliegt, sondern nur darauf, dass der Täter dies meint. Verdeckungsabsicht liegt deshalb beispielsweise vor, wenn der Täter ein Geschehen verdecken möchte, welches er für eine Straftat hält, das aber in Wirklichkeit keine ist. Umgekehrt scheidet Verdeckungsabsicht aus, wenn das zu verdeckende Geschehen zwar eine Straftat ist, der Täter das aber falsch einschätzt⁹³. Das hierin der Unterschied von Mord und Totschlag liegen könnte, erschließt sich kaum. Daher wird auch in der zuletzt genannten Variante auf das Merkmale „niedrige Beweggründe“ verwiesen⁹⁴. Im Ergebnis ist das durchaus sachgerecht. Auf der anderen Seite zeigt sich hieran exemplarisch, dass mit restriktiven Auslegungsbemühungen die Probleme des Mordtatbestands nicht zu lösen sind. Auf beide Merkmale sollte deshalb verzichtet werden⁹⁵. Zumal sowohl die vorsätzliche Tötung als auch die andere Straftat, die verdeckt oder ermöglicht werden soll, strafrechtlich verfolgt werden können; vorausgesetzt freilich, die Straftat liegt real auch vor. Sofern das der Fall ist, lässt sich, ähnlich wie es oben zu den objektiven Mordmerkmalen erläutert wurde, im Weiteren erwägen, ob eine besondere Schwere der Schuld vorliegen könnte (§ 57a StGB).

⁸⁹ Aufschlussreich zur gesamten Thematik insbesondere Timm (Fn. 74), S. 154 ff.; vgl. ferner Lesch, JA 2002, S. 602 (609); Haas (Fn. 74), S. 252 f. Pointiert auch Peralta, Festschrift für Roxin II, 2011, S. 257 (259 f.): „Wenn die Prämissen eines liberalen Staats ernst genommen werden, können Gedanken nicht Gegenstand von Sanktionen sein.“

⁹⁰ Jakobs (Fn. 16), 8/90 ff.; außerdem Roxin (Fn. 12), § 10 Rdnr 70 ff. – Zu einer anderen Ansicht gelangt man womöglich, wenn man im Mordtatbestand einen eigenen und vom Totschlag abweichenden Unrechtstyp sieht (so von der Tendenz her der BGH in seiner älteren Rechtsprechung, vgl. BGHSt 1, 368 [370, 372]; 22, 375 [377, 381]).

⁹¹ Eingehender dazu Grünewald (Fn. 1), S. 91 f.; Jakobs spricht von „beliebig“ (Fn. 16, 8/90).

⁹² BGHSt 41, 8 (9); Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rdnr 73; Gössel/Dölling (Fn. 10), § 4 Rdnr 55.

⁹³ Safferling (Fn. 3), § 211 Rdnr 66; Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rdnr 77, Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 221.

⁹⁴ Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 210, 220 f.; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 68.

⁹⁵ Zu weiteren Problemen der Absichtsmerkmale Grünewald (Fn. 1), S. 161 ff.

Das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ schließlich stellt das Herzstück der Reform von 1941 dar⁹⁶; es führt zu noch fundamentalen Schwierigkeiten. Ziel der Änderung des Mordparagrafen im Jahr 1941 war es, die vorherige Überlegungskonzeption, die von den Nationalsozialisten als zu sehr dem Intellekt verhaftet empfunden wurde, durch eine Abstufung zu ersetzen, die vornehmlich an einer sittlichen Bewertung der Tat orientiert war⁹⁷. Diesem Anliegen wird dem Grundsatz nach überwiegend bis heute nachgekommen. So werden die niedrigen Beweggründe als Motive verstanden, die „nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steh[en], durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich [sind]“⁹⁸. Um Missverständnissen zuvorzukommen, sei deutlich hervorgehoben, dass nicht behauptet wird, die Auslegung der niedrigen Beweggründe sei (noch) nationalsozialistisch angehaucht. Das ist keineswegs der Fall. Allerdings entspricht die Interpretation der niedrigen Beweggründe sehr wohl dem Grunde nach dem mit ihrer Aufnahme ins Gesetz verfolgten Ziel, nämlich eine Hinwendung der Mordvorschrift zum Sittlichen bzw. Moralischen zu erreichen⁹⁹. Dass eine genuin moralische oder sittliche Bewertung des Geschehens – mithin eine solche, die nach rechtlichen Kriterien und Vorgaben nicht abgesichert werden kann – in der Lage sein soll, den Sprung vom Totschlag zum Mord (bzw. einer zeitigen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe) zu fundieren, ist abzulehnen. Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, moralisch-sittliche Verfehlungen und Unzulänglichkeiten einer Person im Strafverfahren herauszuarbeiten und dann gleichsam mit abzustrafen. Solcher Bewertungen (und Abwertungen) sollte sich das Strafrecht vielmehr enthalten¹⁰⁰. Die Argumentation entspricht im Kern den Ausführungen zur Schuldsteigerung (oben II). Daran zeigt sich, dass es irrelevant ist, ob man spezifisch moralische oder sittliche Bewertungen dogmatisch dem Unrechts- oder Schuldbereich zuordnet. Insbesondere werden sie nicht dadurch unbedenklich, dass man sie als Unrechtsmerkmale etikettiert. Hinzu kommt, dass in einer pluralistischen Gesellschaft bestimmte moralische und sittliche Wertvorstellungen nicht mehr als allgemein konsentiert vorausgesetzt werden können und dür-

⁹⁶ Grünewald (Fn. 1), S. 39 ff., 89.

⁹⁷ Freisler, DJ 1941, S. 929 (934); des Weiteren Graf von Gleispach, in: Das kommende deutsche Strafrecht, hrsg. von Gürtner, 2. Aufl., 1936, S. 371 (373); Grau/Krug/Rietzsch, Deutsches Strafrecht, Band I, 2. Aufl., 1943, S. 295.

⁹⁸ BGHSt 3, 132 (133); BGHSt 42, 226 (228); ferner Gössel/Dölling (Fn. 10), § 4 Rdnr 24; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 3), § 211 Rdnr 18a. – Kritisch dazu Hörnle (Fn. 64), S. 653 (655 [„Umschreibung ist inhaltsleer“]), sowie Otto (Fn. 52), § 4 Rdnr 13: „weitgehend anerkannt[, jedoch pathetisch überladen“.

⁹⁹ Vgl. auch Hörnle (Fn. 64), S. 653 (660), die bemängelt, es werde „unbefangen und ohne Problembewusstsein mit Parametern wie ‚allgemeine sittliche Wertung‘ und ‚besonders verwerflich, ja verächtlich‘“ in der Rechtsprechung hantiert.

¹⁰⁰ Ebenso etwa der BGH in einer Entscheidung zu § 228 StGB; vgl. BGHSt 49, 166 (169), wo ausgeführt wird, der Begriff „gute Sitten“ in § 228 StGB betreffe „weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien“, er sei vielmehr auf „seinen rechtlichen Kern“ zu beschränken, weshalb ein Verstoß „gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befaßten Strafgerichts“ nicht genüge.

fen¹⁰¹. Im Weiteren ergibt sich hieraus das Problem einer hinreichenden Bestimmtheit des Merkmals¹⁰².

Es bleibt die Frage, ob es möglich ist, die niedrigen Beweggründe in einer unbedenklichen Weise zu interpretieren, mithin rechts- und nicht moralbezogen¹⁰³. Nicht zuletzt wegen des doch recht eindeutig zum Ausdruck kommenden Bezugs zu außerrechtlichen Wertvorstellungen¹⁰⁴ bleibt ein solcher Lösungsansatz ein zweifelhaftes Unterfangen. Die beiden Alternativ-Entwürfe haben auf die niedrigen Beweggründe verzichtet und bieten in gewisser Weise als Ersatz das Kriterium einer „mutwilligen“ Tötung¹⁰⁵ bzw. einer Tötung „um des Tötens willen“¹⁰⁶ an. Zur Begründung wird im erstgenannten Fall dargetan, es sei schwereres Unrecht gegeben, wenn der Täter die Tat aus „nichtigen“ Zwecken begehe¹⁰⁷; und im zweitgenannten Fall, dass Tötungen aus „reinem Mutwillen“ erfasst werden sollten, „Tötungen ohne jeden äußeren Anlass durch das Opfer“¹⁰⁸. Ganz auf dieser Linie liegen Entscheidungen des BGH, nach denen die grund- oder anlasslose Tötung als Mord eingestuft wird¹⁰⁹. Gegen diese Position ist im Ergebnis nichts einzuwenden; vielmehr ist sie nachdrücklich zu befürworten¹¹⁰. Daher wird hier als Reform ein Mordtatbestand vorgeschlagen, der nichts anderes zum Inhalt hat als eine Tötung sine causa (unter D).

Die dargestellte Sichtweise führt jedoch in ein Dilemma auf der Grundlage der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung. Danach ist der Mord nach ganz überwiegender Auffassung ja ein Qualifikationstatbestand und zeichnet sich gegenüber dem Totschlag, der einfachen vorsätzlichen Tötung, durch eine Steigerung des Unrechts (oder auch der Schuld) aus. In einer vorsätzlichen Tötung aber, die ohne Grund vorgenommen wird, lässt sich keine Unrechts- (und ebenfalls keine Schuld-)Steigerung erblicken¹¹¹. Vermutlich käme auch niemand auf die Idee, in einem Diebstahl, einer Erpressung oder einer Körperverletzung, die ohne Grund erfolgen, einen Qualifikationstatbestand oder einen besonders schweren Fall zu sehen. Die grundlos vorgenommene Straftat ist vielmehr, denklösig betrachtet, der „Normalfall“. Es

¹⁰¹ Dazu Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 81 ff.; Kersting (Fn. 74), S. 46 ff.; Müssig (Fn. 49), S. 103 f., 106; Heine, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, S. 61 ff.; Hörnle (Fn. 11, 2014), C 103 f. sowie bereits Woesner, *NJW* 1978, S. 1025 (1026); zum Ganzen Grünwald (Fn. 1), S. 119 ff.

¹⁰² Eser (Fn. 4), D 39 ff.; Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rdnr 29; Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 20.

¹⁰³ Im Ansatz ebenso Fischer (Fn. 3), § 211 Rdnr 14, der hervorhebt, dass es auf eine „rechtliche Beurteilung“ ankommt und die „Missachtung allein moralisch-sittlicher Postulate, die in der Rechtsordnung keinen Niederschlag finden“, den Mordvorwurf nicht begründen kann; desgleichen zuletzt Hörnle (Fn. 11, 2014), C 107.

¹⁰⁴ Siehe bereits Eser (Fn. 4), D 39 f.

¹⁰⁵ Alternativ-Entwurf 1970 (Fn. 9), S. 7 (§ 100 II Nr. 4 „absichtlich und mutwillig handelt“).

¹⁰⁶ Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, S. 193 (200); § 211 II Nr. 5 „die Tat um des Tötens willen durchführt“. Das Merkmal wird von den Verfassern jedoch als Ersatz für die „Mordlust“ angesehen (a.a.O., S. 232).

¹⁰⁷ Alternativ-Entwurf 1970 (Fn. 9), S. 19. Der Aspekt der „Nichtigkeit des Anlasses“ wird ebenfalls hervorgehoben von Jakobs, *NJW* 1969, S. 489 (490).

¹⁰⁸ Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, S. 193 (232).

¹⁰⁹ BGHSt 47, 128 ff.; der Sache nach bereits BGHSt 34, 59 ff.

¹¹⁰ Vgl. bereits Grünwald (Fn. 1), S. 368 ff.; ebenso Timm (Fn. 74), S. 159 ff.; siehe auch Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 86.

¹¹¹ Daher trifft die Kritik von Saliger, *StV* 2003, S. 38 (40); Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 42, und Sinn (Fn. 4), § 211 Rdnr 23, zu.

handelt sich um eine Tatbegehung, bei der Besonderheiten gerade nicht vorhanden sind, die Unrecht oder Schuld steigern, aber auch mindern könnten¹¹². Daher lässt sich die grundlose Tötung nur als Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung konzipieren¹¹³. So zeigt die Formulierung „ohne Grund“ an, dass nach den Vorgaben des Rechtssystems ein Entlastungsfaktor für den Täter nicht erkennbar ist. Umgekehrt lässt sich hieraus aber kein Belastungsfaktor herleiten. Hier eine andere Auffassung zu vertreten verkehrt das Verhältnis von Grund- und Qualifikationstatbestand¹¹⁴. Eine solche Ansicht hätte im Weiteren auch Auswirkungen auf die Privilegierungsnorm. Wäre nämlich die grundlose Tötung eine Qualifikation der vorsätzlichen Tötung, dann müsste zwangsläufig die Tötung mit Grund zum Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung werden. Nach derzeitiger Regelung müsste sie also ein Totschlag sein. Demgegenüber zeigt das Gesetz in § 213, 1. Var. StGB zutreffend, dass die Tötung mit Grund – nämlich aufgrund einer schweren Beleidigung oder Misshandlung – als minder schwerer Fall eingestuft wird. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten: Die grundlose Tötung sollte – erstens – ein Mord sein und mit lebenslanger Freiheitsstrafe sanktioniert werden (falls Schuldinderungen nicht gegeben sind). Zweitens kann die grundlose Tötung kein schwerer Fall einer vorsätzlichen Tötung sein, sondern nur der Grundtatbestand dieses Delikts¹¹⁵. Drittens: Wenn anerkannt wird, dass die grundlose Tötung Mord ist, dann lässt es sich mit einem solchen Konzept schlüssig nicht vereinbaren, Mordmerkmale aufzustellen wie „grausam“ oder „mit gemeingefährlichen Mitteln“. Denn hierdurch entsteht eine normative Schiefelage, weil die angeführten Kriterien – anders als eine grundlose Tötung – eine Erhöhung des vorsätzlichen Tötungsunrechts auslösen können (siehe oben I 2 a). Da im Falle einer grundlosen Tötung erschwerende Umstände nicht vorhanden sind, liegt – viertens – bei solchen Tötungen die Annahme einer besonderen Schwere der Schuld (§ 57a StGB) fern.

Abschließend ist (noch einmal) auf die Frage zurückzukommen, ob es nicht doch Tatmotive gibt, die nach Rechtsprinzipien als Qualifikationsmerkmale oder strafschärfende Regelbeispiele zu begründen sind. Als offenkundig unbedenklich gelten hier Tötungen aus Rassenhass oder Fremdenfeindlichkeit¹¹⁶. Niemand würde bezweifeln, dass Tötungen aus derarti-

¹¹² Nach Eschelbach (Fn. 7), § 211 Rdnr 31, bewegt sich eine grundlose Tötung hingegen „auf der Trennlinie zwischen mildern- den und schärfenden Faktoren“. Worin die mildern- den oder schärfenden Faktoren liegen könnten, bleibt unklar. Im Ergebnis dürfte die Einschätzung gleichwohl zutreffen. Denn die grundlose Tötung lässt weder schärfende noch mildern- de Faktoren erkennen.

¹¹³ Zum Problem auch Timm (Fn. 74), S. 159 ff., 198 ff.

¹¹⁴ Vgl. bereits Saliger, StV 2003, S. 38 (40 f.).

¹¹⁵ Demzufolge kann auch die „mutwillige“ oder anlasslose Tötung nicht als strafschärfendes Regelbeispiel benannt werden, wie dies die beiden genannten Alternativ-Entwürfe vorsehen. So hat schon Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1970, S. 131, darauf hingewiesen, dass man in die §§ 212, 223 StGB das Wort „mutwillig“ einfügen könne, ohne dass damit eine sachliche Änderung verbunden wäre.

¹¹⁶ Siehe nur Neumann (Fn. 4), § 211 Rdnr 34; Fischer (Fn. 3), § 211 Rdnr 27. Eine Unrechtserhöhung ablehnend jedoch Timm (Fn. 74), S. 207 ff.; Grünewald (Fn. 1), S. 164 ff.; differenzierend Hörnle (Fn. 16), S. 271 ff.; zurückhaltender dies. (Fn. 64), S. 653 (659).

gen Motiven nach den Wertungen unserer Rechtsordnung absolut inakzeptabel sind (vgl. Art. 3 III GG). In diesen Fällen braucht man also in der Tat nicht auf genuin moralische oder sittliche Kriterien zu rekurrieren. Aber sind solche Tötungen nach den Vorgaben des Rechtssystems inakzeptabler als Tötungen, die, wie soeben besprochen, grundlos vorgenommen werden, oder als Tötungen, die aus geringfügigen und nicht mehr nachvollziehbaren Anlässen begangen werden? Beispielhaft: Ist es gravierender, jemanden aus Rassenhass zu töten als aus einem völlig banalen Anlass, etwa weil man von ihm aus unerklärlichen Gründen nicht begrüßt wird oder weil man sich die Zeit vertreiben wollte? Meine These ist: nein. Alle drei genannten Motive sind „schlechte“ Motive – insofern nämlich, als sie nach rechtlichen Kategorien kein (täter-)entlastendes Moment erkennen lassen¹¹⁷. Die Zahl der schlechten Tatmotive ist nun aber nicht überschaubar und prinzipiell unbegrenzt¹¹⁸. Zur Veranschaulichung: Es ist ein schlechtes Motiv, jemanden zu töten, weil er Fleisch isst, sich vegan ernährt, rote Haare hat, Fan eines bestimmten Fußballvereins ist, einer Partei angehört und diese oder jene politischen Anschauungen vertritt, im Leben mehr Erfolg hat als man selbst, aus Langeweile u.s.f. In dieser Vielfältigkeit liegt im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung jedoch das zentrale Problem. Greift man nämlich einige, wenngleich offensichtlich schlechte Tatmotive heraus und benennt sie als Qualifikationsmerkmale oder Regelbeispiele (z.B. Rassenhass, Fremdenfeindlichkeit), kreierte man damit zugleich eine Rangfolge schlechter Tatmotive. Um beim Beispiel zu bleiben: Jemanden zu töten, weil er nicht begrüßt oder weil man sich die Zeit vertreiben will, ist dann zwar „schlecht“, noch „schlechter“ ist es aber, jemanden zu töten, weil er eine andere Hautfarbe hat. Man etabliert mit einer solchen Regelung also eine Hierarchie der „Schlechtigkeit“ von Tatmotiven. Dies erscheint nun aber gerade unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes als äußerst problematisch. Denn alle genannten Gründe (oder Tatmotive) sind nach den Vorgaben der Rechtsordnung gleichermaßen schlecht – oder anders gesagt: unbeachtlich. Dem Umstand, dass die Mehrzahl denkbarer Tatmotive zumal beim vorsätzlichen Tötungsdelikt schlecht sein dürfte, wird eine Motivgeneralklausel der Sache nach durchaus besser gerecht als die Heraushebung einzelner Fallkonstellationen. Allerdings setzt auch eine Motivgeneralklausel, verstanden als Qualifikationsmerkmal, eine negative Quantifizierung voraus, weil „schlechte“ von „noch schlechteren“ Tatmotiven abgestuft werden müssen¹¹⁹. Ein solches Stufenverhältnis ist nor-

¹¹⁷ Das zielt namentlich auf Minderungen des Unrechts. Dazu noch im Haupttext unter C I.

¹¹⁸ Daher greift auch die umfangreiche Aufzählung im Alternativ-Entwurf Leben zu kurz. Dort ist unter § 211 II Nr. 3 als strafschärfendes Regelbeispiel vorgesehen, wenn jemand „einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung tötet“ (GA 2008, S. 193 [200]).

¹¹⁹ Das entspricht im Wesentlichen der Auffassung Schmidhäusers, der annahm, bereits die vorsätzliche Tötung sei „sehr verwerflich“, der Mord aber noch eine „wesentlich verwerflichere“ Tötung (in: Tötungsdelikte, hrsg. von Göppinger/Bresser, 1980,

motiv plausibel aber nicht zu begründen. Daher handelt es sich bei sämtlichen Tötungen aus schlechten Motiven – also aus Gründen, die nach den rechtlichen Vorgaben keine täterentlastenden Momente enthalten – um eine Ausprägung der soeben erörterten Tötung ohne Grund. Denn die Kategorie der grundlosen Tötung ist nicht als empirisches Faktum zu begreifen (also lediglich im Sinne eines fehlenden oder nicht feststellbaren Tatmotivs), sondern normativ. Erfasst werden danach alle Fälle, in denen das Tatmotiv rechtlich unbeachtlich ist. In diese Interpretation lassen sich dann auch sämtliche Motiv- und Absichtsmerkmale des § 211 II StGB einreihen, mithin die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe. Es handelt sich um eine beispielhafte Aufzählung nichtiger bzw. rechtlich irrelevanter Tatmotive¹²⁰. Nur: Eine Unrechts- (und/oder Schuld-)Steigerung enthalten diese Merkmale nicht.

C. Unrechts- und Schuld minderungen beim vorsätzlichen Tötungsdelikt

Nachdem sich die Möglichkeiten, das vorsätzliche Tötungsdelikt nach oben abzustufen, als recht begrenzt erwiesen haben, bleibt zu erörtern, wie eine Abstufung nach unten aussehen könnte. Zu diskutieren sind also mögliche Unrechts- und Schuld minderungen (zu I und II). Im Ergebnis laufen diese Erwägungen darauf hinaus, festzustellen, wie ein Privilegierungstatbestand beim vorsätzlichen Tötungsdelikt beschaffen sein könnte. Dem grundsätzlichen Anliegen entsprechend, werden hierfür nur Kriterien herangezogen, die sich rechtlich absichern lassen. Ein Privilegierungstatbestand sollte daher ebenso wenig wie ein Qualifikationstatbestand auf moralisch-sittliche Erwägungen gestützt werden. Wenn man solche Erwägungen nämlich für untauglich hält, Unrecht und Schuld nach oben zu modifizieren, wäre es inkonsequent, sie heranzuziehen, um Unrecht und Schuld nach unten zu modifizieren. Denn entweder haben solche Aspekte eine Unrechts- oder Schuldrelevanz oder sie haben keine.

S. 103 [110]), und der für den Mord schließlich einen „Verwerflichkeitssuperlativ“ verlangte (Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 1983, 2/16).

¹²⁰ In der Tendenz schon Jakobs, NJW 1969, S. 489 (490); explizit dann ders., Festschrift für Roxin I, 2001, S. 793 (808 in Fn. 47); ebenso Müssig (Fn. 49), S. 249 ff.; Peralta (Fn. 89), S. 257 (262 f.); Timm (Fn. 74), S. 159 ff., 170 ff., 204 ff.; vergleichbar Hörnle, die in einer „Negativbestimmung“ die „beste Annäherung an die Auslegung von ‚niedrige Beweggründe‘“ sieht ([Fn. 11, 2014], C 105).

I. Unrechtsminderungen

Strafrechtliches Unrecht zeichnet sich durch eine interpersonale Struktur aus. Das gilt zumindest unproblematisch für den strafrechtlichen Kernbereich, zu dem das vorsätzliche Tötungsdelikt gehört. So wird dieses geprägt von einer klassischen Täter-Opfer-Konstellation. Unrechtsreduzierungen, die sich hier ergeben können, resultieren daher durchweg aus einem Opferverhalten¹²¹. Das Tötungsunrecht wird verringert, wenn dem Opfer nach rechtlichen Kriterien eine partielle Verantwortung am Tötungsgeschehen zugeschrieben werden kann. Zwei Fallvarianten kommen in Betracht: zum einen Fälle, in denen die teilweise Verantwortung an der Tatgenese aus einem Eingriff des Opfers in eine Rechtsposition des Täters resultiert (1); und zum anderen Fälle, in denen das Opfer in seine Tötung eingewilligt hat (2). Sucht man nach einer positivgesetzlichen Verankerung dieser Überlegungen, lässt sich auf die Rechtfertigungsgründe verweisen¹²². Sieht man es prinzipieller, handelt es sich um allgemeine Zurechnungserwägungen. In der erstgenannten Variante hat man es, grob gesagt, mit Fällen zu tun, die nah an der Notwehr oder am Defensivnotstand sind. Die Einwilligung wiederum ist deshalb aufzuführen, weil sie – anders als bei anderen personalen Gütern – das Unrecht der vorsätzlichen Tötung nicht ausschließen kann (§ 216 StGB).

1. Verantwortung des Opfers durch Eingriff in die rechtlich geschützte Tätersphäre

Eine teilweise Verantwortung des Opfers für die Tat ist möglich, sofern es den rechtlich geschützten Bereich des Täters beschnitten hat, bevor es zu seiner Tötung kommt. Zu verlangen ist also, dass das Opfer sich rechtlich und nicht bloß moralisch oder sittlich fehlerhaft verhalten hat. Auf der anderen Seite dürfte es allerdings klar sein, dass nicht jede Rechtsverletzung genügen kann, eine Minderung des Tötungsunrechts herbeizuführen, die das Opfer dem Täter vor der Tat einmal zugefügt hat und die möglicherweise schon weit zurückliegt. Hier braucht es eingrenzende Kriterien. Die Anforderungen, die an das vorausgegangene oder gerade stattfindende Opferverhalten zu stellen sind, können in diesem Rahmen nicht umfassend dargestellt werden¹²³. Sie sollen im Folgenden knapp erläutert werden.

¹²¹ Ausführlicher Grünewald (Fn. 1), S. 215 ff.

¹²² Vergleichbar im Ansatz Peralta (Fn. 89), S. 257 (262 ff.).

¹²³ Detaillierter Grünewald (Fn. 1), S. 228 ff.

Vorauszusetzen ist zunächst, dass der Eingriff dem späteren Tötungsopfer zuzurechnen ist, und zwar auch in dem Sinne, dass das Opfer den Eingriff als zurechnungsfähige Person vorgenommen hat. Hierin liegt der Grund, weshalb in Fällen der Kindestötung (oben B I 2 b) eine Minderung des Tötungsunrechts kategorisch ausscheidet. Bei Neugeborenen versteht sich das ohnehin von selbst. Aber auch kleine Kinder können keine schuldhaften Rechtsverletzungen begehen (§ 19 StGB), selbst wenn sie ihre Eltern faktisch verletzen mögen (z.B. durch Beleidigungen oder die Zerstörung und Beschädigung von Eigentum). Um das Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit zu begründen, muss nicht die Debatte eröffnet werden, ob Zurechnungsunfähige überhaupt in der Lage sind, ein Unrecht zu begehen¹²⁴. Wird dies verneint, folgt die rechtliche Bedeutungslosigkeit ihres Verhaltens bereits aus dieser Prämisse. Selbst wenn man es aber für möglich hält, dass Zurechnungsunfähige ein Unrecht verwirklichen, zeigt doch die Einschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit bei Angriffen Schuldloser, dass gegenüber solchen Personen eine besondere Rücksichtnahme erwartet wird. Diese Bewertung muss auch im hiesigen Kontext durchgreifen. Für den Täter folgt daraus keine unangemessene Belastung. Sollte er etwa den Zustand des Opfers nicht erkannt haben, sind zu seinen Gunsten die Irrtumsregeln einschlägig (§ 16 StGB).

Im Weiteren ist zu verlangen, dass das Opfer in eine absolut und nicht bloß relativ garantierte Rechtsposition des Täters eingegriffen hat. Als derartige Rechtspositionen kommen neben strafrechtlich ebenso zivilrechtlich geschützte in Betracht. Beispielhaft zu nennen sind die Güter Leben, Leib (körperliche Integrität), Ehre, Eigentum, Besitz, ferner aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Zur näheren Festlegung, welche Güter und Rechte beachtlich sind, kann auf die Bestimmung der notwehrfähigen Güter in § 32 StGB verwiesen werden¹²⁵. Beeinträchtigungen, die unterhalb der Schwelle einer Rechtsverletzung bleiben, lassen sich nicht berücksichtigen.

Vielmehr ist außerdem zu fordern, dass die Rechtsverletzung von einiger Erheblichkeit ist. Zwar ist es dogmatisch prinzipiell begründbar, dass auch geringfügige Rechtsverletzungen genügen, um Unrecht zu reduzieren. Allerdings haben wir es mit Tötungsunrecht zu tun, und zu diesem muss die vorangegangene (oder noch stattfindende) Rechtsverletzung durch das Opfer ins Verhältnis gesetzt werden. Ließe man für eine Verringerung des Tötungsunrechts jede geringfügige Rechtsbeeinträchtigung genügen, liefe man Gefahr, den hohen Stellenwert

¹²⁴ Dagegen mit guten Gründen Pawlik (Fn. 11, 2007), S. 133 ff., sowie (Fn. 11, 2012), S. 259 ff.; Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 116 f.; Sinn, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, S. 244 ff.; 271 ff. – alle mit weiteren Nachweisen.

¹²⁵ Zu diesen Roxin (Fn. 12), § 15 Rdnr 30 ff.; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 32 Rdnr 4 ff.

des Guts „Leben“ zu nivellieren. Tötungsunrecht kann daher nur gemindert werden, wenn die Rechtsverletzung ein hinreichendes Ausmaß erreicht. Dieser Gedanke kommt in § 213, 1. Var. StGB bereits treffend zum Ausdruck, indem dort eine schwere Beleidigung oder Misshandlung gefordert wird. Es reicht folglich angesichts der Schwere des Tötungsunrechts nicht aus, einen Unbekannten im Vorübergehen einmal „Idiot“ zu nennen, um eine Minderung des Tötungsunrechts zu bewirken. Im Sinne des § 213, 1. Var. StGB wäre das nicht als „schwere Beleidigung“ einzustufen. Das Ergebnis ist auch mit allgemeinen Zurechnungserwägungen gut begründbar: Tötet jemand einen anderen aufgrund eines solchen Vorfalls, lässt sich nicht mehr sagen, dass es zwischen dem Vorfall und der Tötung einen nachvollziehbaren (Zurechnungs-)Zusammenhang gibt. Denn die Tötung ist auch als Eskalation nicht mehr erklärbar¹²⁶. Die vorangegangene Beleidigung stellt demzufolge keinen rechtlich beachtlichen Tatanlass für die Tötung dar. Eingriffe in die körperliche Integrität („Misshandlung“) dürften dagegen, Bagatellen und unerhebliche Eingriffe jedoch ausgenommen, in der Regel geeignet sein, Tötungsunrecht zu reduzieren¹²⁷. Dass Rechtsverletzungen, die ein gewisses Maß an Erheblichkeit nicht erreichen, im hiesigen Kontext als irrelevant eingestuft werden, ergibt sich auch aus einer anderen Erwägung: Um ein tatbestandliches Abstufungsmodell plausibel zu tragen, muss ein signifikanter Unterschied im Unrechtsgehalt feststellbar sein.

Die dargelegten Grundsätze sollten uneingeschränkt für Rechtsverletzungen in ehelichen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften gelten. Das ließe sich bezweifeln unter Berücksichtigung einer zum Teil vertretenen Ansicht, wonach in derartigen Lebensgemeinschaften dem angegriffenen gegenüber dem angreifenden Partner das volle Notwehrrecht nicht zustehen soll¹²⁸. Überträgt man diesen Gedanken auf den vorliegenden Zusammenhang, ließe sich schlussfolgern, dass in ehelichen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften eine gravierendere Rechtsverletzung zu fordern wäre als oben angenommen. Die Einschränkung des Notwehrrechts in ehelichen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften wird zumeist mit einem Hinweis auf das Sonderrechts- oder Garantieverhältnis begründen. Hieraus ergebe sich, dass der angegriffene Partner Nachsicht mit dem Angreifer haben und Rücksicht nehmen müsse. Diese Sonderbehandlung von Ehegatten oder Partnern eheähnlicher Lebensgemeinschaften überzeugt aber schon im Notwehrrecht nicht¹²⁹. Zwar bestehen zweifellos

¹²⁶ Weiterführend Neumann (Fn. 4), § 213 Rdnr 16.

¹²⁷ Eingehender Grünwald (Fn. 1), S. 234 ff.

¹²⁸ So Jakobs (Fn. 16), 12/58; Roxin (Fn. 12), § 15 Rdnr 84.

¹²⁹ Ebenso Engels, GA 1982, S. 109 ff.; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 362; Freund (Fn. 15), § 3 Rdnr 123 ff.; Frister, GA 1988, S. 291 (309); Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8 Rdnr 90 ff.; Wohlers, JZ 1999, S. 434 ff., bes. 442; Zieschang, Jura 2003, S. 527 ff.; siehe auch Grünwald (Fn. 1), S. 238 ff.

innerhalb einer Ehe oder einer eheähnlichen Partnerschaften besondere Schutzpflichten, ebenso gilt das Gebot der Rücksichtnahme. Beides funktioniert aber nur strikt wechselseitig. Derjenige, der in einer Ehe oder Lebenspartnerschaft, den anderen Partner körperlich attackiert und schädigt, gibt damit implizit zu verstehen, dass er auf das besondere Schutzverhältnis keinen Wert mehr legt. Wesentlich mehr spräche daher auch dafür, für den angreifenden Ehepartner eine Erhöhung seines Unrechts anzunehmen (z.B. Körperverletzung), als den Schutz des angegriffenen Partners zu reduzieren¹³⁰.

Um bei der Ehe oder eheähnlichen Lebenspartnerschaften zu bleiben: In der Praxis finden sich nicht wenige Fälle, in denen Trennung und Treuebruch talauslösende Faktoren für eine vorsätzliche Tötung des (ehemaligen) Beziehungspartners sind¹³¹. Da als maßgebliches Kriterium, auf welches sich eine Verringerung des Unrechts stützen lässt, eine vorangegangene Rechtsverletzung fungiert, die das Opfer dem Täter zugefügt hat, kommt es in diesen Fällen für die Bejahung einer Unrechtsreduzierung darauf an, ob der Partner, der sich trennen möchte bzw. der fremdgegangen ist, mit diesem Verhalten eine rechtliche – und eben nicht nur moralisch-sittliche – Pflicht verletzt hat. Ob sich das im Ergebnis noch vertreten lässt, erscheint sehr fraglich. – Zunächst zur Trennung: Die Ehe gilt der Idee nach unbestreitbar als eine auf Lebenszeit geschlossene Verbindung zweier Personen (§ 1353 I S. 1 BGB). Insoweit könnte sich das Ausbrechen aus einer Ehe als Verletzung einer rechtlichen Pflicht – namentlich einer Verletzung dieses Lebenszeitprinzips – darstellen. Eine solche Position erweist sich jedoch als höchst problematisch. Denn die bürgerliche Ehe ist eine freie Ehe, mit der die Möglichkeit einer Auflösung zwingend verbunden sein muss¹³². Das Recht kann niemanden verpflichten, eine Ehe fortzusetzen. Diesem Umstand trägt das Scheidungsrecht Rechnung. Nur in sehr eng begrenzten Ausnahmen ist eine Aufrechterhaltung der Ehe gegen den Wunsch eines Ehegatten denkbar (vgl. § 1568 BGB)¹³³. Darüber hinaus wurde im Scheidungsrecht Ende der 1970er-Jahre das sogenannte Zerrüttungsprinzip eingeführt¹³⁴, welches den bis dahin geltenden Verschuldensgrundsatz abgelöst hat. Im zivilrechtlichen Scheidungsverfahren ist damit die Frage, wer das Scheitern einer Ehe zu verantworten hat, nahezu bedeutungslos geworden¹³⁵. Damit findet dort auch eine moralisch-sittliche Bewer-

¹³⁰ So bereits Spengel, JZ 1984, S. 507 (509); ferner Walther, JZ 2003, S. 52 (56).

¹³¹ Zur Empirie von Beziehungstötungen Grünewald (Fn. 1), S. 21 ff. m.w.N.

¹³² Siehe hierzu Ey, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht I, 6. Aufl., 2013, Vor § 1564 Rdnr 1, 23, und § 1564 Rdnr 20, 23.

¹³³ Die Vorschrift lässt sich nicht als „Eheschutzklausel“ begreifen; in der Praxis ist sie zudem so gut wie bedeutungslos; vgl. zum Ganzen nur Ey (Fn. 132), § 1568 Rdnr 12, 35 m.w.N.

¹³⁴ Durch das erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976 (BGBl. I, S. 1421 ff.).

¹³⁵ Eingehender Grünewald (Fn. 1), S. 293 mit Fn. 493.

tung des Verhaltens der Ehegatten nicht mehr statt¹³⁶. Diese Zurückhaltung des Rechts ist vorbildhaft. Es wäre zu wünschen, dass sich das Strafrecht bei der Aufarbeitung von Beziehungstötungen hieran ein Beispiel nähme. Eine rechtliche Pflicht, die Ehe fortzusetzen, lässt sich nach allem deshalb nicht (mehr) annehmen (vgl. auch § 1353 II BGB). Denn eine solche Pflicht stünde in Widerspruch zu den elementaren Grundsätzen der freien, bürgerlichen Ehe, wie sie in den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ihren Ausdruck gefunden haben. Folge hiervon ist, dass in Fällen der Tötung des (ehemaligen) Partners eine Unrechtsminderung nicht schon damit begründet werden kann, dass dieser sich vom Täter getrennt hat oder auch nur den Wunsch geäußert hat, sich zu trennen. – An zweiter Stelle ist nun auf den Treuebruch einzugehen. In § 1353 I S. 2 BGB heißt es: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.“ Als eine Pflicht, die sich aus dieser ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt, gilt unumstritten die Pflicht zur ehelichen Treue¹³⁷. Vergleichbar den vorangegangenen Erwägungen, ließe sich zunächst erneut sagen, bei der Pflicht zur ehelichen Treue handele es sich demnach um eine Rechtspflicht. Gegen diese Annahme sprechen allerdings normtheoretische Überlegungen¹³⁸. So hat die Verletzung der ehelichen Treuepflicht keine rechtlichen Folgen¹³⁹. Daher stellt sich die Frage, ob man treffend überhaupt von einer rechtlichen Pflicht reden kann, wenn bei deren Verletzung keine rechtlichen Konsequenzen eintreten¹⁴⁰. Jedenfalls erweist sich die Annahme, die Pflicht zur ehelichen Treue sei rechtlich abgesichert, vor diesem Hintergrund als wenig plausibel. Die eheliche Treuepflicht dürfte sich in der gegenwärtigen Gesellschaft (noch) als eine moralische Pflicht ausweisen lassen¹⁴¹. Um eine Verringerung des Tötungsunrechts zu begründen, genügt das jedoch nicht. – Minderungen des Tötungsunrechts sind in derartigen Fallkonstellationen (Trennung/Treuebruch) aber entsprechend den allgemeinen Voraussetzungen möglich; mithin wenn Trennungs- und Treuebruchsituationen begleitet werden von Rechtsverletzungen wie Beleidigungen, Nötigungen oder Körperverletzungen.

Darüber hinaus bedarf vor allem noch der Klärung, innerhalb welches Zeitraums nach einer Rechtsverletzung sich eine Reduzierung des Tötungsunrechts annehmen lässt. Einen zeitlichen Rahmen gibt auch § 213, 1. Var. StGB vor, wonach es notwendig ist, dass der Täter

¹³⁶ Vielmehr wird im zivilrechtlichen Schrifttum der Schutz der Intimsphäre der Ehegatten während eines Scheidungsverfahrens ausdrücklich hervorgehoben; vgl. Rauscher, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Buch, Familienrecht (§§ 1564-1568; §§ 1568a und b), 2010, § 1565 Rdnr 52, 53.

¹³⁷ Siehe nur Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 6. Aufl., 2010, § 17 Rdnr 7.

¹³⁸ Ausführlicher zum Folgenden Grünwald (Fn. 1), S. S. 256 ff.

¹³⁹ Vgl. etwa Ey (Fn. 132), § 1565 Rdnr 110 ff.

¹⁴⁰ Zu diesem Problem, wenngleich in einem anderen Kontext, Merkel, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl. 2013, § 218a Rdnr 61.

¹⁴¹ Zweifel auch daran bei Jakobs, ZStW 123 (2010), S. 313 (318).

durch die vorangegangene Rechtsverletzung („Misshandlung oder schwere Beleidigung“) „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ wurde. Das weist in eine richtige Richtung, wobei man jedoch die Affektthematik, die auf der Schuldebene anzusiedeln ist, beiseitelassen muss. Ein starrer zeitlicher Rahmen, der bei allen denkbaren Rechtsverletzungen gleichermaßen anzuwenden wäre, kann nicht vorgegeben werden (zugespitzt: zehn Minuten, eine halbe Stunde, zwei Stunden) und wird auch derzeit nicht in den § 213, 1. Var StGB hineingedeutet. Ein solches System wäre auch nicht in der Lage, dem unterschiedlichen Gewicht Rechnung zu tragen, welches Rechtsverletzungen haben können, und erwiese sich daher als zu unflexibel. Hervorzuheben ist zunächst, dass die Bemessung des Gewichts oder der Bedeutung einer Rechtsverletzung sich nicht an den psychischen Besonderheiten des jeweils Betroffenen ausrichten kann. Derartige Besonderheiten können allenfalls im Rahmen der Schuld gewürdigt werden. Es ist also ein allgemeiner und objektiver Maßstab zugrunde zu legen. Man kann diesen Maßstab als normativierte Opferperspektive bezeichnen. Aus der unterschiedlichen Schwere möglicher Rechtsverletzungen resultiert dennoch unvermeidbar ein relatives Moment bei der Bestimmung der temporären Komponente. Zur groben Orientierung¹⁴²: Je gravierender der Eingriff in die Rechtssphäre des späteren Täters und je elementarer das betroffene Gut ist, desto länger ist der Zeitraum zu bemessen. Wurden fundamentale Rechte in massiver Weise verletzt (z.B. Leben, sexuelle Selbstbestimmung, Leib), ist von einer stärkeren Erschütterung auszugehen, als bei einem Eingriff, der die Grenze zur Erheblichkeit gerade noch überschreitet. Denn bei weniger intensiven Eingriffen in die Rechtssphäre ist von dem Betroffenen zu erwarten, dass er sich rasch erholt und in der Lage ist, auf eine kognitive Bewältigung des Geschehens umzustellen. Bei massiven Eingriffen (z.B. in das Recht der sexuellen Selbstbestimmung) dürfte ferner zu berücksichtigen sein, dass diese (vielfach) zu schweren seelischen Beeinträchtigungen und Traumatisierungen führen, die über die Primärverletzung erheblich hinausreichen. Hierdurch kann sich der Zeitraum, der dem Betroffenen einzuräumen ist, merklich verlängern. In diesen Zusammenhang gehören auch die Tötungen sogenannter Haus- oder Familientyrannen. Exemplarisch ist hier BGHSt 48, 255 ff., anzuführen. Zu diesem Fall wurde in der Literatur treffend bemerkt, dass das Tötungsunrecht „gegen Null“ tendiere¹⁴³. Wenn solche Fälle dagegen als Mord einzuordnen sind, zeigt sich, dass mit dieser Vorschrift etwas nicht in Ordnung sein kann.

Die Zuerkennung einer Unrechtsminderung in den hier besprochenen Fällen, in denen der Tötung ein Eingriff des Opfers in die Rechte des Täters vorausgegangen ist, mag auf den

¹⁴² Weitergehende Erläuterungen zu dieser Thematik bei Grünewald (Fn. 1), S. 270 ff.

¹⁴³ Hillenkamp, JZ 2004, S. 48 (52).

ersten Blick womöglich Bedenken erwecken, weil solche Fallkonstellationen eine Nähe zu Privatjustiz und Racheakten erkennen lassen. Es geht in diesen Fällen jedoch, wie sie hier behandelt werden, nicht um das Tatmotiv „Rache“, sondern um die Bewertung eines primär äußeren Geschehens. Zweifellos auch ist der Täter nicht dazu berufen, eine ihm zugefügte Rechtsverletzung auszugleichen. Der Staat stellt vielmehr formalisierte (rechtliche) Verfahren zur Konfliktregulierung zur Verfügung. Und darüber, dass das Strafmonopol beim Staat liegt, sollte es keine Irritationen geben¹⁴⁴. Man muss auf der anderen Seite aber ebenfalls in Rechnung stellen, dass diese Fälle eine Nähe zu Notwehr- oder Defensivnotstandslagen aufweisen. Es ist etwas grundlegend anderes, ob jemand eine Person tötet, mit der er bislang nicht das Geringste zu tun hatte, oder ob jemand eine Person tötet, die ihm zuvor eine erhebliche Rechtsverletzung zugefügt hat. Denn im zweiten Fall hat diese Person, die Friedenspflicht gegenüber dem späteren Täter erstmals verletzt. Lässt sich die anschließende Tötung hiermit nach allgemeinen und objektiven Zurechnungserwägungen in einen Zusammenhang bringen, folgt hieraus für die Person, die den Täter zuerst verletzt hat (mithin das spätere Tötungsopfer), dass ihr partiell eine Verantwortung am Tötungsgeschehen zugeschrieben werden kann. Für den Täter ergibt sich daraus umgekehrt eine Entlastung in Form einer Reduzierung seines Tötungsunrechts. Soweit die Praxis mit Fällen befasst ist, in denen es im Vorfeld eines Tötungsdelikts zu wechselseitigen Rechtsverletzungen von Täter und Opfer gekommen ist, ist die beiderseitige Tatverantwortung anhand der dargestellten Grundsätze zu rekonstruieren¹⁴⁵.

2. Einwilligung

Die Einwilligung des Opfers in seine Tötung führt nicht zum Ausschluss des Unrechts, begründet aber einen Privilegierungstatbestand der vorsätzlichen Tötung. Diesen Umstand bringt § 216 StGB im Wesentlichen treffend zum Ausdruck. Grund der Begünstigung des Täters ist die Einwilligung des (zurechnungsfähigen) Opfers, die, wenngleich sie das Unrecht nicht auszuschließen vermag, dieses doch immerhin reduziert¹⁴⁶. Soweit die Reform der Tötungsdelikte Gegenstand der Arbeit der Expertengruppe ist, bleibt dem nicht viel hinzuzufügen. Allenfalls lässt sich darauf hinweisen, dass zur Annahme einer Unrechtsverringerung eine einfache Einwilligung genügt. So könnte die Formulierung „durch das ausdrückliche und

¹⁴⁴ Schneider (Fn. 3), § 211 Rdnr 94; Hörnle (Fn. 11, 2014), C 106 f.; Grünewald, NStZ 2010, S. 1 (6 f.).

¹⁴⁵ Dazu näher Grünewald (Fn. 1), S. 284 ff.

¹⁴⁶ Unstrittig, siehe nur Fischer (Fn. 3), § 216 Rdnr 2; Schneider (Fn. 3), § 216 Rdnr 1; Neumann (Fn. 4), § 216 Rdnr 2; Grünewald (Fn. 1), S. 287 ff.

ernstliche Verlangen des Getöteten“ eine Deutung nahelegen, wonach eine Entlastung des Täters nur beim Vorliegen einer qualifizierten Einwilligung in Frage kommt. Es mag normativ wie dogmatisch überzeugend sein, das Ausmaß der Reduzierung des Unrechts im erstgenannten Fall geringer zu veranschlagen als im zweitgenannten. An dem Umstand aber, dass verringertes Unrecht auch bei einer einfachen Einwilligung angenommen werden muss, ändert das nichts. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung BGHSt 50, 80 ff. (sog. Kannibalen-Fall), die zu Mord als höchstem Tötungsunrecht gelangt, Zweifeln ausgesetzt¹⁴⁷.

Dass § 216 StGB über die hier zu führende Reformdebatte hinaus jedoch eine Vorschrift ist, die keiner Korrektur bedarf, lässt sich nicht sagen. Die Probleme, die sich im Rahmen des § 216 StGB stellen, ragen in den komplexen und hoch umstrittenen Bereich der Sterbehilfe hinein. Insoweit ergeben sich Friktionen – wie sich nicht zuletzt an der in der Sache zu begründenden Entscheidung BGHSt 55, 91 ff. zeigt –, die durch Auslegung nicht mehr zu bewältigen sind. Auch hier besteht daher Reformbedarf, der nicht nur einseitig in Richtung Pönalisierung betrieben werden sollte. Dies sei aber nur beiläufig erwähnt.

II. Schuldminderungen

Als besonderer Schuldminderungstatbestand wird beim vorsätzlichen Tötungsdelikt gelegentlich ein Affektmodell bzw. ein Affekt- und Konfliktmodell befürwortet¹⁴⁸. Bedenken gegen einen solchen Privilegierungsansatz sind bereits auf empirischer Ebene auszumachen. Schon die verlässliche Feststellung eines Affekts ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Denn als sogenannter normalpsychologischer Affekt ist er eine passagere Erscheinung, die bei einer psychisch im Wesentlichen intakten Person auftritt¹⁴⁹. Folge hiervon ist, dass er nach der Tat buchstäblich spurlos verschwindet. Hinzu kommt, dass die Begehung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts ohne eine auch stärkere affektive Erregung in der Realität kaum vorkommen dürfte¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Zur Kritik Mitsch, ZIS 2007, 197 ff.; Scheinfeld, Der Kannibalen-Fall, 2009, S. 25 ff.; Grünewald (Fn. 1), S. 308 ff.

¹⁴⁸ Eser (Fn. 4), D 123 ff., 128 ff. (Affekt- und Konfliktmodell); Köhler (Fn. 17), S. 417 ff. (reines Affektmodell); zur Kritik an diesen Vorschlägen Grünewald (Fn. 1), S. 224 ff., 334 ff.

¹⁴⁹ Zum Problem etwa Saß, Der Nervenarzt 54 (1983), S. 557 ff.; ders., Fortschr.Neurol.Psychiat. 53 (1985), S. 55 (61); Janzarik, in: Affektdelikte, hrsg. von Saß, 1993, S. 57 (59 ff.); Marneros, Der Nervenarzt 78 (2007), S. 1283 ff.; Glatzel, StV 1982, 434 f. („im Grunde unlösbare Aufgabe“).

¹⁵⁰ Janzarik, Der Nervenarzt 63 (1992), S. 656 (663); Saß, Der Nervenarzt 54 (1983), S. 557 (558); Kröber, in: Affektdelikte, hrsg. von Saß, 1993, S. 77; aus dem Strafrecht: BGH NSTZ-RR 2003, S. 8 (9); Safferling (Fn. 3), § 20 Rdnr 32. – Fischer resümiert daher (Fn. 3, § 20 Rdnr 31): „Die forensische Psychiatrie vermag die Störung, deren Auswirkungen das Strafrecht zu regeln sucht, gar nicht zu finden; es fehlt somit das ‚erste Stockwerk‘ [...]“. Vgl. bereits Mezger/Mikorey, MschrKrimbiol 9/10

Der Forderung nach einer Privilegierungsnorm, die an einen Affektzustand anknüpft, liegt zudem die Vorstellung zugrunde, dass affektive Erregungen unterhalb der Schwelle der §§ 20, 21 StGB Gegenstand dieses Tatbestands sind. Unklar bleibt hierbei, warum Affekten, die nicht so stark sind, dass sie im Rahmen der §§ 20, 21 StGB Beachtung finden, eine solche Relevanz zugesprochen werden kann. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, wie großzügig § 21 StGB beim Tötungsdelikt ohnehin angewendet wird¹⁵¹. Sodann dürfte es vermutlich näherliegen, anzunehmen, dass man Affekte, die nach §§ 20, 21 StGB unbeachtlich sind, soweit im Griff haben muss, dass man andere jedenfalls nicht vorsätzlich tötet¹⁵². Denn Affekte sind eine ubiquitäre Angelegenheit. Nur am Rande sei erwähnt, dass es in der neueren Literatur Tendenzen gibt, die in eine entgegengesetzte Richtung gehen: Gefordert wird die Abschaffung des § 21 StGB¹⁵³.

Dessen ungeachtet findet ein reines Affektmodell aber auch im Gesetz keinen Rückhalt. Das Strafgesetzbuch kennt zwei Vorschriften, die explizit einen Affekt voraussetzen: § 33 StGB und § 213, 1. Var. StGB. Allerdings bewirkt nicht der Affekt allein die Begünstigung des Täters. Vielmehr verlangen beide Vorschriften eine vorangegangene Rechtsverletzung durch das Opfer (§ 213, 1. Var. StGB) bzw. den Angreifer (§ 33 StGB). Das ergibt sich bei § 213, 1. Alt. StGB aus dem Wortlaut¹⁵⁴ und bei § 33 StGB aus dem Notwehrkontext. Der Affekt ist demnach ein zusätzliches Erfordernis, welches zu der Unrechtsminderung infolge der Rechtsverletzung hinzukommt¹⁵⁵. Als Privilegierungskonzept ein reines Affektmodell zu befürworten – gleichsam als Sonderdogmatik der Affekttat beim Tötungsdelikt¹⁵⁶ – überzeugt

(1938), S. 444 (469), wo von „gleichsam frei improvisierten Affekten“ die Rede ist. Eingehender zum Ganzen Grünewald (Fn. 1), S. 344 ff.

¹⁵¹ Schneider moniert, dass den Angeklagten in Schwurgerichtsverfahren „ein angeblich nicht ausschließbarer Affekt vielfach geradezu nachgeworfen wird“ (in: Rechtsprechung, Gesetzgebung Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, hrsg. von Jahn/Nack, 2010, S. 44 [55]), und beklagt eine „Überpsychologisierung der Tötungsdelikte“ (Festschrift für Widmaier, 2008, S. 759). Der Kritik ist beizupflichten.

¹⁵² In diesem Sinn Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 32; ders., in: Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht, hrsg. von Göppinger/Bresser, 1982, S. 127 (129, 135); in der Tendenz ebenso Geilen, Festschrift für Maurach, 1972, S. 173 (192); Blau, Festschrift für Tröndle, 1989, S. 109 (113 f., 118 ff.).

¹⁵³ Hörnle (Fn. 11, 2013), S. 76 ff.; ausführlicher noch dies., Festschrift für Schünemann, 2014, S. 93 ff.

¹⁵⁴ Die Begriffe „Misshandlung oder schwere Beleidigung“ werden in einem rechtstechnischen Sinn, mithin in Anlehnung an die §§ 223 ff. StGB und §§ 185 ff. StGB, verstanden von Gössel/Dölling (Fn. 10), § 3 Rdnr 5 ff.; Schneider (Fn. 3), § 213 Rdnr 11 f., 14 f.; Grünewald (Fn. 1), S. 219 ff. – Anders jedoch die überwiegende Ansicht; vgl. Momsen (Fn. 3), § 213 Rdnr 11; Sinn (Fn. 4), § 213 Rdnr 4; Eschelbach (Fn. 7), § 213 Rdnr 10 ff.; Neumann (Fn. 4), § 213 Rdnr 8 f. Die angeführten Argumente überzeugen kaum. Das lässt sich hier aber nicht vertiefen. Lediglich ein Beispiel sei herausgegriffen: Es wird darauf hingewiesen, dass das Gesetz in § 223 StGB nur eine „körperliche Misshandlung“ kenne und in § 185 StGB auch nicht von einer „schweren“ Beleidigung die Rede sei (Eschelbach, a.a.O., § 213 Rdnr 10). Das trifft natürlich zu. Allerdings erstaunt es – legt man diesen Einwand zugrunde –, dass als „schwere Beleidigung“ im Sinne des § 213, 1. Var. StGB sogar ein Verhalten als ausreichend erachtet wird, welches noch nicht einmal eine (einfache) Beleidigung nach § 185 StGB sein muss. Das normale Sprachverständnis dürfte eher einen gegenteiligen Schluss nahelegen – und dieser wäre auch sachgerecht (s.o. unter C I 1).

¹⁵⁵ Frei von normativen Unstimmigkeiten sind die beiden Vorschriften aber insofern nicht, als bei § 33 StGB nur asthenische Affekte entlasten, in § 213, 1. Var. StGB hingegen nur ein sthenischer Affekt aufgeführt wird („Zorn“). Zum Problem Blau (Fn. 152) S. 109 (114); Bernsmann, ZStW 104 (1992), S. 290 (325 f.); Grünewald (Fn. 1), S. 360 f. in Fn. 1020. Diese Problematik ist hier außer Acht zu lassen.

¹⁵⁶ Resignierend ließe sich freilich festhalten, dass es diese Sonderdogmatik längst gibt. Vgl. Fischer (Fn. 3), § 20 Rdnr 30, mit dem Hinweis, „schon der Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung [werde] vom Delikt her gedacht“. Zur Kritik sei erneut auf Schneider (Fn. 151) verwiesen.

auch insofern nicht¹⁵⁷. Aus den §§ 213, 1. Var., 33 StGB geht im Übrigen ebenfalls hervor, dass es für eine Entlastung nicht genügt, wenn das vorangegangene Verhalten lediglich sittlich-moralisch zu beanstanden ist¹⁵⁸. Denn verlangt wird jeweils eine vorangegangene oder noch stattfindende Rechtsverletzung. Das deckt sich mit dem hier vorgeschlagenen Konzept, nach welchem die Abstufung vorsätzlicher Tötungstatbestände auf Unrechtsminderungen basieren soll.

Fraglich bleibt noch, ob es sich empfiehlt, in einem Privilegierungstatbestand neben der Unrechtsverringerung einen Affekt für notwendig zu halten. Eine solche Lösung enthält derzeit § 213, 1. Var. StGB. Im Ergebnis ist das jedoch abzulehnen. Zum einen ist an die empirischen Probleme bei der Feststellung eines Affekts zur Tatzeit zu erinnern. Diese Probleme sind auch in Zukunft nicht zu lösen. Zum anderen ist bereits die Minderung des Unrechts als so gewichtig einzustufen, dass sie zur Begründung einer Privilegierungsnorm genügt¹⁵⁹. Und um eine Unrechtsminderung anzunehmen, ist es belanglos, ob ein Affekt vorhanden ist oder nicht.

¹⁵⁷ Im Ergebnis wohl auch Schneider (Fn. 151, 2008), S. 759 (771): „Strafrechtsdogmatisch spricht nichts für die Etablierung einer besonders exkulpationsfreundlichen [...] Affektlehre.“

¹⁵⁸ Zu einem anderen Ergebnis gelangt im Rahmen des § 213, 1. Var. StGB die vorwiegende Auffassung. Nachweise in Fn. 154.

¹⁵⁹ Siehe auch Neumann, der zu § 213, 1. Var. StGB ausführt (Fn. 4, § 213 Rdnr 6): Die Mitverantwortung des Opfers führe zu einer Unrechtsminderung, der Täter werde also Zug um Zug gegen die Belastung des Opfers entlastet. Daneben sei der Affekt nur von „sekundärer Bedeutung“.

D. Reformvorschlag

Aus den vorangegangenen Erwägungen ergibt sich der folgende Reformvorschlag:

§ 211 E Mord

Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft oder mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren.

§ 212 E Totschlag

Wurde dem Täter oder einem seiner Angehörigen (*alternativ: einer ihm nahe stehenden Person*) ohne eigenes Zutun vom Getöteten eine schwere Beleidigung, Misshandlung oder andere Rechtsverletzung zugefügt und er hierdurch unmittelbar zur Tat veranlasst, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.

§ 213 wird gestrichen

Ergänzende Anmerkungen:

(1) Die Streichung der Wörter „Mörder“ und „Totschläger“ bedarf wohl keiner Erläuterung mehr.

(2) Ein Privilegierungskonzept vorzuschlagen ist kein Novum in der über hundertjährigen Geschichte der Reform der Tötungsdelikte¹⁶⁰. Die Privilegierung in § 212 E beruht ausschließlich auf Minderungen des Unrechts. Die Vorschrift fügt sich damit ein in das geltende Recht, welches in § 216 StGB einen weiteren Privilegierungstatbestand enthält, der sich ebenfalls durch eine Reduzierung des Tötungsunrechts auszeichnet¹⁶¹.

(3) Demgegenüber ist es nicht angezeigt, im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches Privilegierungstatbestände zu statuieren, die ausschließlich (oder doch überwiegend) auf Schuldaspekten beruhen. Aus diesem Grund ist sowohl ein Privilegierungstatbestand der Affekttat (bzw. der Affekt- und Konflikttat) als auch der Kindestötung nicht zu befürworten. In beiden Fällen geht es zudem um Entlastungen, die unterhalb der Schwelle des § 21 StGB liegen. Berücksichtigt man, in welcher generöser Weise gerade in Fällen einer vorsätzlichen Tötung auf § 21 StGB zurückgegriffen wird, erwiese sich eine hierüber noch hinausgehende Dekulpation als äußerst problematisch.

(4) In § 211 E ist die lebenslange Freiheitsstrafe an erster Stelle aufgeführt. Damit soll deutlich gemacht werden, dass die lebenslange Freiheitsstrafe grundsätzlich als angemessene Sanktion anzusehen ist in Fällen, in denen der Täter eine andere Person vorsätzlich getötet hat, ohne dass zu seinen Gunsten unrechts- oder schuld mindernde Aspekte eingreifen¹⁶². Das gilt zumal für Fälle eines dolus directus ersten und zweiten Grades (wissentliche und absichtliche Tötung). Um eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, bedarf es somit

¹⁶⁰ Verwiesen sei auf Eser (Fn. 4), D 200. In seinem Gutachten aus dem Jahr 1980 schlägt er als 1. Alternative folgenden Mordtatbestand vor: „Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren bestraft.“ Siehe zudem Timm (Fn. 74), S. 203, mit dem Vorschlag: „In § 211 soll als Mord jede ohne Milderungsmöglichkeit begangene vorsätzliche Tötung mit lebenslanger Freiheitsstrafe sanktioniert werden.“ – Rissing-van Saan äußerte sich 2010, freilich mehr beiläufig, wie folgt (vgl. in: Rechtsprechung, Gesetzgebung Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, hrsg. von Jahn/Nack, 2010, S. 26 [41]): „Nur am Rande bemerkt: Ich persönlich würde bei einer Generalrevision der Vorschriften überdies eher dafür plädieren, den Mord als Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötungsdelikte mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Regelstrafe und einen die Alternativen des § 213 StGB aufnehmenden Totschlag als Privilegierung zu konzipieren.“ Dieser Vorstellung kommt der hiesige Vorschlag sehr nah. – Sympathie für eine solche Lösung lassen auch Eser/Sternberg-Lieben erkennen (Fn. 3), Vorbem. §§ 211 ff. Rdnr 2, wo es heißt: „Dennoch mag de lege ferenda mehr für eine (auch im Ausland vordringende) grundsätzliche Zweistufigkeit zwischen nicht-privilegierbarer und privilegiertbarer Tötung sprechen [...]“.

¹⁶¹ Nach vorzugswürdiger Ansicht basiert § 216 StGB ausschließlich auf einer Unrechtsverringerung; vgl. Neumann (Fn. 4), § 216 Rdnr 2; Schneider (Fn. 3), § 216 Rdnr 1 – dort auch Nachweise zu abweichenden Ansichten.

¹⁶² Zutreffend stellt Timm fest (Fn. 74), S. 159 f.: „Bringt der Täter zum Ausdruck, dass er die gesellschaftlichen Regeln grundlos missachtet, ist keine Steigerung [...] möglich. Die Graduierbarkeit des Verhaltensunrechts findet sonach ihre [...] Grenze im vorsätzlichen Normverstoß, der ohne mildernden Grund vorgenommen wird.“ Ferner Hörnle (Fn. 64), S. 653 (659).

keiner (weiteren) Unrechts- oder Schuldsteigerung¹⁶³. Hierdurch soll dem Grundanliegen dieses Reformvorschlags entsprochen werden, dem Gut „Leben“ – das höchste personale Gut unserer Rechtsordnung – gerecht zu werden. Der Reformvorschlag impliziert damit eine Aufwertung dieses Guts verglichen mit der gegenwärtigen Rechtslage. Pointiert lässt sich diese so beschreiben: Es genügt nicht, einen anderen Menschen absichtlich, und ohne dass Entlastungsfaktoren für den Täter eingreifen, zu töten, damit eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden kann. Denn die vorsätzliche respektive wissentliche oder absichtliche Tötung eines anderen Menschen stuft das Gesetz derzeit als Totschlag ein (§ 212 I StGB), für den „lediglich“ eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vorgesehen ist. Um zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu kommen, ist deshalb neben der absichtlichen Tötung eines anderen Menschen zusätzlich nötig, dass entweder ein besonders schwerer Fall des Totschlags angenommen werden kann (§ 212 II StGB) oder dass Mordmerkmale hinzutreten (§ 211 StGB). Das bedeutet – um beim Mord zu bleiben – beispielsweise: Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe setzt neben der absichtlichen Tötung voraus, dass die Einstellung des Täters (die Tatmotivation oder „Einzeltatgesinnung“) als niedrig zu bewerten ist bzw. dass noch ein weiterer objektiver Unrechtssachverhalt hinzukommt, zum Beispiel eine vorsätzliche Körperverletzung, wie dies typischerweise beim Merkmal „grausam“ der Fall ist. Dass es nach gegenwärtiger Rechtslage nicht genügt, eine andere Person absichtlich zu töten, ohne dass Entlastungsmomente gegeben sind, um eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, lässt sich angesichts der Bedeutung des Guts „Leben“ nicht mehr als angemessen bezeichnen¹⁶⁴.

(5) Im Weiteren – und mit den vorangegangenen Erwägungen in Zusammenhang stehend – erweist sich eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe für eine vorsätzliche Tötung, wie § 212 I StGB sie vorsieht, als evident zu niedrig. Die Mindeststrafe für eine vorsätzliche Tötung sollte deshalb angehoben werden. Hier werden acht Jahre vorgeschlagen¹⁶⁵.

(6) Bei einer Reform der Tötungsdelikte sollte in den §§ 211 f. StGB die Formulierung „einen Menschen tötet“ durch die Formulierung „einen anderen Menschen tötet“ ersetzt werden. Dies entspricht § 223 StGB. Hierdurch ließen sich zukünftig denkbare Fragen ausschließen –

¹⁶³ Hiervon zu trennen ist jedoch die Frage, ob eine besondere Schwere der Schuld angenommen werden kann (§ 57a StGB).

¹⁶⁴ Ebenso dezidiert Timm (Fn. 74), S. 202 f., 204 f. Im Weiteren vertritt Timm jedoch die Auffassung, dass im Mordtatbestand eine feste Höchststrafe anzuordnen sei, nämlich eine lebenslange Freiheitsstrafe (a.a.O., S. 205, 207). Dem kann nicht gefolgt werden. Aus der Geschichte des Mordparagrafen lässt sich, angefangen von 1871 bis heute, eindeutig ablesen, dass mit der Punktstrafe sachgerechte Ergebnisse in vielen Fällen nicht möglich sind. Die Beibehaltung dieser Strafe für Mord – gleich wie man diesen Tatbestand ausgestaltet – hätte daher zur Konsequenz, dass in der Praxis Umgehungsstrategien gewählt werden. Damit wäre man aber insofern nicht weiter, als man es gegenwärtig ist. Ziel einer Neuregelung sollte es dagegen sein, Normen zu schaffen, die auf klarem und direktem Weg die Verhängung einer adäquaten und gerechten Strafe ermöglichen.

¹⁶⁵ Das entspricht dem Vorschlag von Eser (siehe Fn. 160). Dagegen erscheinen die von Rissing-van Saan vorgeschlagenen 10 Jahre Mindeststrafe etwas hoch (Reformvorschlag zu den §§ 211-213 StGB, Sitzung vom 26. November 2014).

namentlich ob auch der Suizident den Tatbestand verwirklichen kann. Diese Frage wurde in der Vergangenheit gelegentlich bejaht¹⁶⁶. Um Klarheit zu schaffen, sollte die Formulierung deshalb geändert werden¹⁶⁷.

(7) In § 212 E soll durch die Wendung „oder andere Rechtsverletzung“ deutlich gemacht werden, dass – erstens – die Privilegierungsnorm auch bei anderen (personalen) Rechtsverletzungen einschlägig sein kann als schweren Beleidigungen und (körperlichen) Misshandlungen und – zweitens – dass moralisch-sittliche Verfehlungen nicht genügen, um den Tatbestand anzuwenden¹⁶⁸. § 213, 1. Var. StGB vermag eine solche Auslegung derzeit nicht hinreichend zu gewährleisten, was sich an der zu extensiven Auslegung dieser Norm zeigt. Auch hierdurch wird das Gut „Leben“ teils entwertet. Demgegenüber sollte klar sein (bzw. klargestellt werden), dass ein bloß moralwidriges oder anstößiges Verhalten nicht ausreicht, um Unrecht zu verringern. Um dem Stellenwert des Guts „Leben“ gerecht zu werden, sollte die Mindeststrafe in § 212 E jedenfalls auf zwei Jahre angehoben werden – im Gegensatz zu einem Jahr im geltenden § 213 StGB.

¹⁶⁶ Schmidhäuser, Festschrift für Welzel, 1974, S. 801 (813 ff.).

¹⁶⁷ Denn auch darüber, dass der historische Gesetzgeber eine solche Regelung nicht gewollt hat, bestand nie ein Zweifel; vgl. Schneider (Fn. 3), Vor §§ 211 ff. Rdnr 30; Neumann (Fn. 4), Vor § 211 Rdnr 37.

¹⁶⁸ Damit dürfte sich auch der oben genannte Einwand von Eschelbach erledigt haben (Fn. 154).

4. RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor

Stellungnahme zum Mordmerkmal der „Heimtücke“¹

Vorbemerkung

Der Text knüpft an die Stellungnahme zur „Verdeckungsabsicht“ an und setzt sich wiederum insbesondere mit den Ausführungen von *Schneider* („Thesen zur Heimtücke“) auseinander. Vorausschicken möchte ich drei grundsätzliche Bemerkungen.

Erstens: Es geht mir bei meinen Ausführungen zunächst nicht um eine Positionierung für oder gegen das Merkmal der Heimtücke bzw. um eine Modifizierung des Merkmals, sondern um eine Analyse des Rechtszustandes *de lege lata* und der Frage einer etwaigen Reformbedürftigkeit wegen der vorhandenen Probleme. Erst in einem zweiten Schritt möchte ich Überlegungen *de lege ferenda* anstellen.

Zweitens: Grundsätzlich fragwürdig erscheint es mir, ein angeblich „*unumstößliche[s] sozialpsychologische[s] Faktum*“ (vgl. *Schneider* S. 14 unter Hinweis auf die „*erdrückende Mehrheit der Rechtsgenossen*“), d.h. gesellschaftliche Vorstellungen von Strafwürdigkeit, (ohne weiteres) zum Ausgangspunkt legislatorischer Vorhaben zu machen. Es erscheint mir schon fraglich, ob sich in Bezug auf die Mordmerkmale „*gesellschaftliche Gerechtigkeitsvorstellungen*“ (*Schneider* ebd.) empirisch feststellen lassen. Selbst wenn das der Fall wäre, wären sie verfassungsrechtlich zu hinterfragen, weil das Grundgesetz (auch) eine normierte Werteordnung ist und damit einen Maßstab für Gerechtigkeit vorgibt. Abgesehen davon, muss sich in einem aufgeklärten Staatswesen jede Kriminalpolitik an den Maßstäben der kritischen Vernunft messen lassen. Das hat nichts mit „*Theorielastigkeit*“ (*Schneider* ebd.) zu tun.

Drittens: Es sollte zu denken geben, dass sich alle Reformvorschläge zum Mordtatbestand seit 1945 gegen die Beibehaltung der Heimtücke als Mordmerkmal ausgesprochen haben. Die radikalsten Reformvorschläge plädieren angesichts der Probleme sogar für eine ersatzlose Streichung der Heimtücke.² Eine andere gewichtige Meinungsgruppe votiert dagegen für eine Ersetzung des Mordmerkmals durch – in der Regel – restriktivere Formulierungen.³ In einem Rechtsstaat, der der Rechtswissenschaft grundsätzlich eine wichtige Bedeutung für

¹ Für freundliche Unterstützung danke ich Prof. Dr. Frank Saliger.

² So z.B. AE 1970, S. 16, 17 f.; Beschlüsse Abteilung Strafrecht 53. DJT 1980, M 164; AE-Leben 2008, GA 2008, 241 ff.

³ Vgl. E-1962 Drucks. IV/650, S. 35, 273: „Überlegung“; Eser Gutachten 53. DJT 1980, D 180 ff.: „Tötung unter arglistigem Missbrauch von Vertrauen“; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 428: „Heimtücke“ als „Bruch institutionell vermittelter Garantieverhältnisse“; Grünwald, S. 138 ff., 178 ff.: „Besondere (Schutz-)Pflichtverletzung“.

die Auslegung und Schaffung von Recht beimisst, sollte auch insofern der Vorwurf der „*Theorielastigkeit*“ nicht vorschnell erhoben werden.

I. Analyse des Rechtszustandes de lege lata

Die Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auffällig inkonsistent. Dies hat hauptsächlich zwei Gründe.

Zum einen ist – reindeskriptiv – festzustellen, dass die Rechtsprechung das Merkmal in weitem Umfang „opferorientiert“ auslegt, d.h. die Heimtücke mit Blick auf die Situation des Tatopfers bejaht („*Arg- und Wehrlosigkeit*“). Hierbei verfährt sie allerdings nicht dogmatisch konsequent, sondern legt das Merkmal andererseits zusätzlich „täterorientiert“ aus, indem sie auf die Gesinnung des Täters (z.B. „*feindliche Willensrichtung*“) oder seine Handlungsweise (z.B. auf das „*Tückische*“) abstellt. Dadurch wird die Rechtsprechung widersprüchlich.

Zum anderen erweist sich die „Opferorientierung“ bei näherem Hinsehen als grundsätzlich problematisch. Dies kritisch festzustellen, bedeutet nicht etwa, um dies gleich zu sagen, einem geringeren Opferschutz das Wort zu reden. Diese Feststellung besagt lediglich, dass es problematisch ist, die Höchststrafwürdigkeit einer Tötung als Mord mit Opfer Gesichtspunkten zu begründen. Dies insbesondere dann, wenn dieser Ansatz auf eine Differenzierung von Lebensschutz hinausläuft. Jedes Leben ist in gleicher Weise schutzwürdig.

Aus diesem Grund scheint mir, nebenbei bemerkt, die Metapher von der lebenslangen Freiheitsstrafe als „*Leitwahrung*“ problematisch zu sein. Begreift man das Leben als solches als höchsten Wert und die Tötung fremden Lebens als schwerste Rechtsgutverletzung, die durch die Höhe der Strafe kenntlich zu machen ist, müsste bereits der Totschlag mit lebenslanger Freiheitsstrafe sanktioniert werden. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach dem geltenden Recht wird grundsätzlich eine zeitige Freiheitsstrafe („*nicht unter fünf Jahren*“) als ausreichend für den damit verfolgten Strafzweck angesehen,⁴ sei es die Vergeltung einer Tötung, sei es der Schutz des Opfers, die Bewehrung des Tötungsverbots etc. Dementsprechend – noch einmal - darf eine Kritik an „opferorientierten“ Deutungen des Heimtücke-Merkmals nicht etwa als Opferschutz-Kritik missverstanden werden.

⁴ Dazu aktuell T. Walter NSz 2014, 368.

1. Inkonsequente opferorientierte Auslegung der „Heimtücke“ in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Mordmerkmal der „Heimtücke“ zeichnet sich durch ein Schwanken zwischen einer „opferorientierten“ und einer „täterorientierten“ Auslegung aus.

In seinem bis heute zitierten Grundsatzurteil von 1957 hat der Große Senat des BGH für Strafsachen die opferorientierte Deutung der Heimtücke erstmals formuliert. Danach liegt der Strafgrund der Heimtücke in der *„besonderen Gefährlichkeit“* des Vorgehens des Täters. *„Er überrascht das Opfer in einer hilflosen Lage und hindert es dadurch, sich zu verteidigen, zu fliehen, Hilfe herbeizurufen“*.⁵ *„Wer solche Möglichkeiten ausschaltet, kann fremdes Leben leichter und sicherer als sonst vernichten [...] [D]as Gesetz [...] denkt dabei weniger an den Täter als an das hinterrücks überfallene Opfer [...] Die Auslegung des Merkmals ‚heimtückisch‘ hat daher an das anzuknüpfen, was diese Form des Tötens besonders gefährlich macht. Das ist die Arg- und Wehrlosigkeit des Angegriffenen.“*⁶

Entsprechend diesem opferorientierten Ansatz soll es nicht nötig sein, *„dass sich im bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit noch eine besondere Tücke und Verschlagenheit zeigt, die Tat also als Ausdruck solcher Geisteshaltung zu werten ist“*; denn *„so vieldeutige Begriffe mit schwer bestimmbaren Wertvorstellungen geben dem Richter keinen brauchbaren und zuverlässigen Maßstab“*.⁷

Würde man diese opferorientierte Interpretation streng durchführen und insbesondere jede Konzession an einen „täterorientierten“, namentlich auf die „Tücke“ (beim Täter) abstellenden Ansatz ablehnen, so ließen sich die bislang (auch von *Schneider*, vgl. S. 7) konsentiert höchststrafwürdigen Tötungen nicht erfassen, in denen der Täter das Opfer in einen Hinterhalt lockt und ihm dort offen feindselig gegenübertritt. In dieser Konstellation ist das Opfer jedenfalls im Moment des unmittelbaren Angriffs nicht arglos. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, argumentiert die an sich opferorientiert ansetzende Rechtsprechung seit jeher auch täterorientiert, indem sie das - dem Großen Senat zufolge - vermeintlich untaugliche Moment des „Tückischen“ akzentuiert, so BGHSt 22, 77 (79f.):

„Darauf, dass das Opfer unmittelbar vor der Tötungshandlung nicht mehr arglos war und ihm noch gewisse Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung standen, mag es ankommen, wenn

⁵ BGHSt 11, 139, 143.

⁶ BGHSt 11, 139, 143; siehe ferner etwa BGHSt 30, 105, 116; 39, 353, 368.

⁷ BGHSt 11, 139, 144.

der Täter die Tötung gerade erst vor ihrer Ausführung ins Auge gefasst hat. Handelt es sich aber um eine von langer Hand geplante und vorbereitete Tat, so kann das Heimtückische bereits und gerade in den Vorkehrungen und Maßnahmen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, falls sie bei der Ausführung der Tat noch fortwirken.“ „In diesem überlegten, das Vertrauen des Opfers missbrauchenden Vorgehen des Angeklagten [...] kommt das ‚Tückische‘ seiner Handlungsweise besonders deutlich zum Ausdruck.“

Auch in anderen Entscheidungen haben Strafsenate des BGH das täterorientierte Moment der Tücke im Mordmerkmal der Heimtücke akzentuiert. Als Beispiel kann das bekannte Urteil des 1. Strafsenats im Erpresser-Fall („Chantage“) gelten, wo es zur die Heimtücke nicht begründenden Trutzwehr des Erpressten gegen den Erpresser heißt, *„dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in dem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet“*.⁸

Es erscheint daher verkürzend und irreführend, wenn *Schneider* unter Bezug allein auf BGHSt 11, 139 behauptet, dass *„der Bundesgerichtshof den Tücke-Ansatz verworfen“* habe (*Schneider*, S. 12). Übrigens bleibt *Schneiders* eigener Ansatz – wie der des BGH, dessen Inkonsistenzen er überwinden will – letztlich ebenfalls widersprüchlich. Einerseits will auch *Schneider* die Heimtücke *„konzeptionell opferorientiert“* begreifen (S. 13) und lehnt den Tücke-Ansatz ab (S. 11 f.). Andererseits verteidigt er die Beibehaltung des Heimtücke-Merkmals gegen dessen Gegner damit, *„dass List gemeinhin als eine besonders gefährliche Verhaltensweise angesehen wird“* (S. 13, Hervorhebung d. Verf.), und schlägt vor, das Heimtücke-Merkmal gerade mit den Begriffen der *„hinterlistigen“* sowie *„hinterhältigen“* Tötung stärker zu konturieren (S. 15).

2. Grundsätzliche Problematik des „opferorientierten“ Ansatzes

Eine einerseits opferorientierte und andererseits täterorientierte Auslegung des Heimtücke-Merkmals lassen sich nicht nur deswegen nicht (maximal kriminalisierend) kombinieren, weil beide kategorial verschiedene Ausgangspunkte bezeichnen. Die opferorientierte Deutung ist schon allein problematisch, weil sie weder stets zu höchststrafwürdigen Tötungen führt (näher unter a)), noch überhaupt widerspruchsfrei durchführbar ist (näher unter b)).

⁸ BGHSt 48, 207, 211 unter Bezug auf BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13.

a) Opferorientierung führt nicht stets zur Höchststrafwürdigkeit, auch nicht bei Opfern im sozialen Nahraum

Die grundsätzliche Problematik des opferorientierten Ansatzes zeigt sich zunächst an den täterorientierten definitorischen Zusätzen zur „Heimtücke“, mit denen die Rechtsprechung seit jeher die Höchststrafwürdigkeit für bestimmte Konstellationen verneint.

So dient das Erfordernis der *„feindlichen Willensrichtung“*⁹ explizit dazu, Heimtücke bei Mithnahmesuiziden¹⁰ sowie Mitleidstötungen in Krankenhäusern und Pflegeheimen zu verneinen.¹¹ Ferner soll die subjektive Komponente des *„bewussten Ausnutzens“* der Arg- und Wehrlosigkeit Tötungen von hinten in starker Erregung¹² oder bei fehlender Bedeutungskennntnis vom Mordmerkmal¹³ die Höchststrafwürdigkeit nehmen. Schließlich hat der BGH gerade für die chronisch nicht höchststrafwürdige Tötung des schlafenden „Familiientyrannen“ zwar begrifflich am Vorliegen eines Heimtückemordes festgehalten, jedoch eine Abmilderung der Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe über eine Anwendung von §§ 35 Abs. 2, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder – nachrangig - § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB analog befürwortet.¹⁴

„Feindliche Willensrichtung“, *„bewusstes Ausnutzen“*, *„Strafmilderung“* – das alles sind täterorientierte Einschränkungen der opferorientierten Auslegung, die vermutlich von dem Rechtsempfinden getragen sind, dass in diesen Fällen eine Verurteilung wegen Mordes unangemessen wäre.

Bereits der Große Senat des BGH für Strafsachen hat in seiner Entscheidung im 30. Band im Jahre 1981 klar erkannt,¹⁵ dass die opferorientierte Auslegung der Heimtücke schon strukturell nicht stets zu höchststrafwürdigen Tötungen führt. *„Aber weil das tatbestandsmäßige Handeln sich in der vorsätzlichen Lebensvernichtung auf heimtückische Weise erschöpft, werden in der Verbotsmaterie die Schuldkomponenten [...] nur unzulänglich erfasst.“*¹⁶

⁹ Zuerst BGHSt 9, 385, 390.

¹⁰ Vgl. BGHSt 9, 385, 390; BGH NSTZ 2006, 338, 339.

¹¹ Vgl. BGHSt 37, 376, 377 ff.

¹² Vgl. BGHSt 11, 139, 144.

¹³ Vgl. BGHSt 30, 105, 117 f.

¹⁴ BGHSt 48, 255 unter Bezug auf BGHSt 30, 105; „Rechtsfolgenlösung“.

¹⁵ Vgl. dazu auch Eser Gutachten 53. DJT, 1980, D 44 ff.

¹⁶ BGHSt 30, 105, 116 für den tragischen Fall Sahap S.

In der Entscheidung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe heißt es: Die Fälle heimtückischer Tötung „*unterscheiden sich aber erheblich in Momenten der Schuld (z.B. der affektiven Antriebslage, den Beweggründen, der Gesinnung des Täters oder seiner Belastung durch Provokation oder Konflikt). Aus dem Vorliegen und der konkreten Beschaffenheit solcher Schuld momente erwachsen die ‚Grenzfälle‘ (BVerfGE 45, 187, 266/267), in welchen die Frage der Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe Berechtigung gewinnt.*“

Nicht einmal in seinem Kernanliegen, gerade Opfer im sozialen Nahraum vor hinterrücks ausgeführten Tötungen zu schützen, vermag die Rechtsprechung das opferorientierte Heimtücke-Konzept ohne Modifizierungen durchzuführen.

Das liegt zum einen am Verständnis der „*Arglosigkeit*“ (nach *Schneider*, S. 6, „*das Herzstück der höchstrichterlichen Basisdefinition*“). Arglosigkeit soll nach der Rechtsprechung die Fähigkeit zum Argwohn voraussetzen. Letztere fehlt bekanntlich bei konstitutionell arg- und wehrlosen Personen wie Kleinstkindern¹⁷ oder Komapatienten¹⁸ mit der Folge, dass diese (vermeintlich) besonders schutzbedürftigen Personengruppen vom Tatbestand des Mordes nur dann erfasst werden, wenn der Täter zusätzlich natürliche Abwehrmechanismen des Kindes überwindet¹⁹ oder die Arg- und Wehrlosigkeit schutzbereiter dritter Personen ausnutzt²⁰. Auch bei den situativ arglosen Personen ist die Differenzierung der Rechtsprechung zwischen Schlafenden als tauglichen Heimtückeopfern und Bewußtlosen als untauglichen Heimtückeopfern²¹ bis heute nicht befriedigend begründet.²²

b) Opferorientierte Auslegung ist nicht widerspruchsfrei durchführbar

Der zweite Grund für die Untauglichkeit eines opferorientierten Heimtückekonzepts ist die Opferorientierung selbst. Die Heimtücke qualifiziert in ihrer gegenwärtigen Auslegung nur arg- und wehrlose Personen als taugliche Mordopfer, während sie nicht arg- und wehrlose Personen dem Schutz von § 212 StGB unterstellt. Ein überzeugender Grund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich.²³ Geschütztes Rechtsgut der §§ 211-216, 222 StGB ist das Leben des einzelnen Menschen.²⁴ Verfassungsrechtlich ist jeder Mensch gleich schützens-

¹⁷ Vgl. BGHSt 8, 216,218; BGH NSTZ 2006, 338,339.

¹⁸ Vgl. BGH NSTZ 2008, 93,94.

¹⁹ BGHSt 8, 216, 218 f.

²⁰ BGHSt 8, 216, 219 f.; zuletzt BGH NSTZ 2013, 158,159.

²¹ Vgl. z.B. BGH NSTZ 2008, 93, 94.

²² Krit. etwa *Fischer* StGB 61. Aufl. 2014, § 211 Rn. 42a; NK/*Neumann* StGB 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 57.

²³ Vgl. auch AE-Leben 2008, GA 2008, 242 f.

²⁴ Statt aller NK/*Neumann* § 212 Rn. 1.

wert (vgl. Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG). Eine Abstufung seines Lebensrechts in qualitativer oder quantitativer Hinsicht ist nicht zulässig.²⁵ Schon insoweit ist nicht tragfähig begründbar, warum arg- und wehrlose Personen qualifiziert schützenswert sind.

Darüber hinaus erscheinen Opferorientierungen zur Abstufung von Mord und Totschlag jedenfalls im deutschen Strafrecht rechtshistorisch als Atavismus.²⁶ Das gemeine Strafrecht kannte zahlreiche Privilegierungen oder Strafschärfungen für Verwandtentötungen, Kindestötungen, Herrschermorde oder Tötungen von Staatsorganen etc. In einem auf Gleichheit angelegten Strafrecht sind solche Abstufungen – etwa die Mordqualifizierung der Tötung von Kleinstkindern, Kranken, Alten oder Frauen – nicht mehr ohne Willkür begründbar.

Zusammengefasst ist das Heimtückemerkmal einer konsistenten, sachlich überzeugenden und hinreichend präzisen Interpretation nicht zugänglich.²⁷

II. De lege ferenda

Was ist zu tun? Sollte man auf das Mordmerkmal der Heimtücke verzichten oder bietet sich eine überzeugende Fassung des Merkmals an?

Auf jeden Fall besteht Reformbedarf; denn es wäre widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber in einem reformierten Tatbestand einerseits das Mordmerkmal uneingeschränkt aufrecht erhalte und andererseits in den Motiven auf die einschränkende Rechtsprechung verwiese und damit das Mordmerkmal insgesamt sozusagen durchlöchert neu normieren würde. Er würde damit die Probleme des geltenden Rechts bloß perpetuieren.

I. Streichung der Heimtücke als Mordmerkmal?

Unerträgliche Strafbarkeitslücken dürften durch eine Streichung der Heimtücke ohne weiteres nicht drohen. Das hängt natürlich auch davon ab, ob man eine Alternative in den Mordtatbestand aufnahme (dazu unten II). Im Bereich von Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern jedenfalls wären unerträgliche Strafbarkeitslücken nicht zu befürch-

²⁵ Exemplarisch NK/*Neumann* Vor § 211 Rn. 4.

²⁶ Vgl. zur internationalen Lage *Heine* in: Ehrengabe Brauneck, 1999, S. 315,339 f.

²⁷ Ebenso *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 139 f.; vgl. in Bezug auf die Rspr. schon zuvor NK/*Neumann* § 211 Rn. 47.

ten. Das liegt einerseits daran, dass in den einschlägigen Konstellationen andere Mordmerkmale dominieren wie bei Misshandlungen die „Verdeckungsabsicht“²⁸ oder bei Vernachlässigung die „Grausamkeit“²⁹. Andererseits tritt die Heimtücke in manchen Fallgruppen regelmäßig mit anderen Mordmerkmalen auf, nämlich bei der zielgerichteten Tötung³⁰ und bei psychischer Erkrankung mit den „niedrigen Beweggründen“³¹. Nur bei den versuchten erweiterten Suiziden bestünde eine Lücke, weil hier die Heimtücke dominiert.³² Davon abgesehen dürfte das Mordmerkmal der Heimtücke auch in anderen Fallgruppen häufig im Zusammenhang mit anderen Mordmerkmalen vorliegen, deren Höchststrafwürdigkeit weniger problematisch ist, insbesondere „Habgier“ oder Tötung mit „gemeingefährlichen Mitteln“ („Autobahnmörder“).

II. Alternative: Höchststrafwürdigkeit von Tötungen mittels eines hinterlistigen Überfalls

Freilich erscheinen nicht alle höchststrafwürdigen Tötungen mit Hinterlist durch andere Mordmerkmale abdeckbar. Das gilt insbesondere für den „Meuchelmord“ oder die offene Tötung aus einem Hinterhalt heraus. Setzt man insoweit täterorientiert an und akzentuiert das erhöhte Handlungsunrecht bzw. die erhöhte Tatschuld in der Begehungsweise der Tötung, so werden die Aspekte der Hinterlist bzw. des Hinterhalts entscheidend.³³ Ein Täter, der einen anderen Menschen unter planmäßig berechnender Verbergung seiner Tötungsabsicht tötet, verletzt in besonderem Maße das basale Sicherheitsvertrauen seines Opfers und verdient die Höchststrafe.

Zur Umsetzung dieses Strafgrundes bietet sich eine Orientierung an dem engeren Merkmal (der Tötung) „*mittels eines hinterlistigen Überfalls*“ an, das sich bereits bei § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB findet.³⁴ Dieses Merkmal hat durch die einschlägige Rspr. bereits eine gefestigte Auslegung erfahren, so dass die für ein Mordmerkmal notwendige Rechtssicherheit in der Auslegung erreicht werden könnte. Zudem erscheint ein solches Merkmal in der Lage, einerseits alle unbedingt höchststrafwürdigen Tötungen zu erfassen, ohne andererseits wegen seiner zu großen Weite wieder kontroverse Einschränkungsbemühungen erforderlich zu machen.

²⁸ Vgl. Höynck/Behnsen/Haug, ZIS 2014, 102, 107.

²⁹ Vgl. Höynck/Behnsen/Haug, ZIS 2014, 102, 109.

³⁰ Vgl. Höynck/Behnsen/Haug, ZIS 2014, 102, 106.

³¹ Vgl. Höynck/Behnsen/Haug, ZIS 2014, 102, 109.

³² Vgl. Höynck/Behnsen/Haug, ZIS 2014, 102, 108.

³³ Vgl. Rüping JZ 1979, 617, 620.

³⁴ Vgl. auch NK/Paeffgen § 224 Rn. 22.

Im Einzelnen: Ein Mord mittels eines hinterlistigen Überfalls ist begangen, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung der wahren Absicht berechneten Weise vorgeht, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen.³⁵ Tötungen durch Auf-lauern³⁶ oder nach Locken in einen Hinterhalt³⁷ sind danach als höchststrafwürdig ebenso erfasst wie Tötungen durch heimliche Giftbeibringung³⁸. Dagegen genügen – entgegen der bisherigen Rechtslage – weder ein plötzlicher Angriff von hinten noch allgemein das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments.³⁹ Auch die schiere Tötung eines Schlafenden wäre entgegen bisheriger Rechtslage nicht mehr höchststrafwürdig.⁴⁰

³⁵ Vgl. BGH NStZ-RR 2011, 337, 338.

³⁶ Vgl. BGH GA 1969, 61, 62.

³⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 2011, 337.

³⁸ Vgl. BGH NStZ 1992, 490.

³⁹ Vgl. BGH NStZ 2004, 93; BGH NStZ-RR 2011, 337, 338.

⁴⁰ Vgl. NK/Paeffgen § 224 Rn. 22.

Stellungnahme zum Referat von *Schneider* „Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda“¹

I. Die Konzeption von Schneider: Schutz der staatlichen Rechtswahrung als neues normativ-generalpräventives Leitprinzip

Schneider nimmt als Ausgangs- und Angelpunkt seiner Konzeption die Rechtswahrungsfunktion des Staates (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG), die er sowohl durch Tötungen in Verdeckungsabsicht als auch durch Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht in gleicher Weise höchststrafwürdig beeinträchtigt sieht.

Schneider vertritt dabei einen dezidiert normativ-(positiv-)generalpräventiven Ansatz, der sich an der Sozialgefährlichkeit bzw. Gemeinschaftsbedrohlichkeit von Tat und Tätermotivation orientiert (S. 11 ff.). Durchgehend werden an das Schuldprinzip anknüpfende Strafmilderungserwägungen verworfen (S. 14 ff., 27 ff., 29 ff.). Eine Privilegierung komme nur in Betracht, „wenn die (partielle) Rücknahme des Strafrechts aus normativer Perspektive akzeptabel ist“ (S. 15).

In dieser Perspektive sind für *Schneider* alle Fälle strafvereitelungsmotivierter vorsätzlicher Lebensvernichtung „durchgängig höchststrafwürdig“ (S. 32; auch S. 12). Insoweit will er das Mordmerkmal auf sämtliche Fälle einer mit Strafvereitelungsabsicht begangenen Tötung erstrecken, unabhängig vom Stand der prozessualen Entdeckungslage (S. 21-24). Auch eine Ausdehnung des Mordmerkmals auf Fälle von Ordnungswidrigkeiten (bisher nur Straftaten) hält *Schneider* unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der Rechtswahrungsfunktion des Staates für konsequent (S. 25 f.). Einzig Verdeckungstötungen bei außerstrafrechtlichem Verdeckungszweck will er mangels Beeinträchtigung der staatlichen Rechtswahrungsfunktion aus dem Anwendungsbereich der Verdeckungsabsicht herausnehmen und einer Motivgeneralklausel zuweisen (S. 17-20, 32).

Für wertungsgleich mit vorsätzlichen Verdeckungstötungen erachtet *Schneider* Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht, weil auch solche die staatliche Rechtswahrungsfunktion „aggressiv kämpferisch“ (vgl. S. 12) angreifen (S. 26 ff.). Die insoweit im Rahmen des Mordmerkmals der „niedrigen Beweggründe“ nach der psychologischen Begreifbarkeit der Rache

¹ Für freundliche Unterstützung danke ich Prof. Dr. Frank Saliger.

differenzierende Rechtsprechung (S. 27 f.) verwirft *Schneider* als „*rechtlich genuin verfehlt*“ (S. 30). Tötungen zur Selbstjustiz „*erscheinen in ihrer dadurch manifestierten solipsistischen Rücksichtslosigkeit besonders gefährlich*“ (S. 31). Entsprechend will *Schneider* die Fälle künftig einem gesonderten Mordmerkmal unterstellen (S. 32).

II. Kritik

Die von *Schneider* vorgeschlagenen Weiterungen des geltenden Rechts aus normativ-generalpräventiver Perspektive erscheinen problematisch.

Zwar ist es richtig, die Abgrenzung von Mord und Totschlag nicht nach moralischen, sondern rechtlichen Kriterien vorzunehmen. Jedoch erscheint es fraglich, ob eine bloße Beeinträchtigung der Rechtswahrungsfunktion des Staates ein zusätzliches Erfolgs- oder Handlungsunrecht einer Tötung darstellt, das die Höchststrafwürdigkeit rechtfertigt. Außerdem berücksichtigt *Schneider* nicht hinreichend das Schuldprinzip.

Schon in der Geschichte des Mordparagrafen und seiner Reformvorschläge war es nicht unzweifelhaft, dass die Verdeckungsabsicht in jeder Hinsicht zu den Mordmerkmalen gehört. So sah das bis 1941 geltende Recht eine differenzierende Behandlung von Verdeckungstötungen vor (vgl. dazu *Schneider*, S. 5 ff.). Der E-1962 verzichtet auf das Merkmal sogar gänzlich, weil „*es als Selbst- oder Fremdbegünstigung nicht selten in Konfliktsituationen verwirklicht wird, in denen die besondere Verwerflichkeit der Tötung fehlt*“.² Auch der AE-1970 schränkt den „Verdeckungsmord“ auf Tötungen zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefassten Entschlusses ein.³ Nicht zuletzt sieht das Bundesverfassungsgericht nicht alle Verdeckungstötungen als höchststrafwürdig an.⁴

Auffälligerweise erwähnt *Schneider* die Fallgruppe der passiven Verdeckungstötungen mit keinem Wort. Wenn der Täter nach einem fahrlässig verursachten Verkehrsunfall dem lebensgefährlich verletzten Unfallopfer aufgrund eines panikartigen Augenblicksentschlusses bedingt vorsätzlich nicht hilft, sondern aus Furcht vor Strafverfolgung weiterfährt, dann versteht sich die Gleichstellung (vgl. § 13 Abs. 1 StGB) von höchststrafwürdiger aktiver und

² BT-Drucks. IV/650, S.273.

³ Vgl. AE Bes. Teil Straftaten 1, S. 16, 19.

⁴ Vgl. BVerfGE 45, 187, 265 ff.

höchststrafwürdiger passiver Verdeckungstötung durchaus nicht von selbst. Nicht ohne Grund hat die Rechtsprechung in dieser Frage seit jeher geschwankt.⁵

Meines Erachtens liegt in der bloßen Verletzung der Rechtswahrungsfunktion des Staates kein zusätzliches Erfolgsunrecht, das die Qualifizierung einer Tötung als Mord rechtfertigt.⁶ Den weiteren in § 211 StGB normierten Fällen zusätzlichen Erfolgsunrechts („heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln“) ist es nicht gleichgewichtig. Allerdings stellt der Umstand, dass der Täter das Opfer tötet, um Straftaten zu verdecken oder zu ermöglichen, u.U. ein zusätzliches Handlungsunrecht dar, weil der Täter das Opfer zur Verfolgung eigener rechtswidriger Zwecke tötet, damit instrumentalisiert und in seiner Menschenwürde verletzt. Er schreckt nicht davor zurück, zur Verfolgung seiner wertwidrigen Zwecke Menschenleben zu opfern⁷ bzw. notfalls über Leichen zu gehen.⁸ Diese wertwidrige Mittel-Zweck-Relation begründet das zusätzliche Unrecht bei der Verdeckungsabsicht⁹ ebenso wie bei dem Mordmerkmal der Ermöglichungsabsicht.¹⁰ Jedoch ist eine höhere Bestrafung nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Täter dessen auch wirklich bewusst ist und er nicht überwiegend affektiv handelt.

IV. Folgerungen

Die Überlegungen führen zu folgendem Ergebnis:

Erstens: Das Mordmerkmal ist trotz seiner normativen Brüchigkeit grundsätzlich beizubehalten. Zwar wird die Selbstbegünstigungstendenz des Täters bei der Absicht, eine andere Straftat zu verdecken, in anderen Straftatbeständen wie §§ 257, 258 StGB zugunsten des Täters berücksichtigt. Gleichwohl verwirklicht der Täter erhöhtes Unrecht, wenn er die Tötung eines Menschen instrumentalisiert, um die Aufklärung einer Straftat zu verhindern oder die Beute einer Straftat zu erhalten.

Zweitens: Allerdings erscheint nicht jede Verdeckungstötung höchst strafwürdig. Das gilt insbesondere für passive Verdeckungstötungen (vgl. § 13 I StGB) und aktive Verdeckungstötungen, bei denen das Gesamtverhalten des Täters von Affekt- und/oder Konfliktgedanken

⁵ Vgl. BGHSt 7, 287; BGH NJW 1992, 584; BGHSt 39, 159 zur Ermöglichungsabsicht; auch BVerfGE 45, 187, 265.

⁶ Vgl. BGHSt 41, 8, 9.: „Mord ist in keiner Begehungsform ein gegen Belange der Rechtspflege gerichtetes Delikt.“

⁷ Vgl. BVerfGE 45, 187, 265.

⁸ BGHSt 39, 159, 161 für die Ermöglichungsabsicht.

⁹ Vgl. BGHSt 41, 8 f.: Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht; vgl. auch Eser Gutachten D 53. DJT 1980, D 179.

¹⁰ Vgl. BGHSt 39, 159, 161 f.

beherrscht ist. Letzteres dürfte der Fall sein, wenn bereits die Vortat durch einen Affekt oder Konflikt ausgelöst wurde, etwa durch eine eheliche Auseinandersetzung, und die anschließende Verdeckungsötung überwiegend affekthaft erfolgt.¹¹ Die Schwelle zur Höchststrafwürdigkeit wird bei der Verdeckungsabsicht daher erst dann erreicht, wenn der Täter die Verdeckungsötung mit Überlegung begeht. Entsprechend sollte das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auf ein Handeln mit Überlegung eingeschränkt werden.¹² (Nebenbei: überhaupt sollten wegen des Schuldprinzips auch im Falle von Tötungshandlungen, die als Mord zu qualifizieren sind, de lege ferenda Konflikt- und Verzweiflungssituationen stärker berücksichtigt werden.)

Insoweit ist auch die erweiternde Auslegung des Begriffs der Verdeckungsabsicht in Anlehnung an strafprozessuale Kategorien durch den Bundesgerichtshof zu billigen, weil der Täter in diesen Fällen häufig mit Überlegung handeln dürfte.¹³ Soweit der Bundesgerichtshof in Bezug auf letztere Fälle meint, Verdeckungsabsicht erfordere gerade keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele,¹⁴ überzeugt das nicht für einen Sachverhalt, in dem der Täter allein auf wuterregende Vorhaltungen des Opfers reagierte, die auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs Verdeckungsabsicht ausschließen können.¹⁵

Drittens: Einer Ausweitung der Bezugstat der Verdeckungsabsicht auf „*andere Straftat und/oder Ordnungswidrigkeit*“, wie von Schneider befürwortet, erscheint wegen des geringeren Unrechtsgehalts problematisch. Alle wichtigen Reformentwürfe knüpfen, soweit ersichtlich, die Verdeckungsabsicht an eine andere Straftat.¹⁶ Allerdings wird sich eine verwerfliche Mittel-Zweck-Relation nicht verneinen lassen.

¹¹ Ebenso Eser Gutachten D 53. DJT 1980, D 179.

¹² Vgl. §§ 211, 214 RStGB; noch weitergehend AE 1970 Bes. Teil Straftaten 1, S. 16, 19 mit der Beschränkung auf eine Straftatverdeckung auf Grund eines vor der Straftat gefassten Entschlusses.

¹³ Vgl. BGHSt 50, 11.

¹⁴ BGH NStZ 2011, 579, 580.

¹⁵ Vgl. BGH NStZ 2011, 579, 580.

¹⁶ Vgl. AE 1970 Bes. Teil Straftaten 1, S. 16; Eser Gutachten D 53. DJT 1980, D 200; AE Leben GA 2008, S. 200).

Viertens: Eine Gleichstellung von Tötungen in Verdeckungsabsicht mit Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht (Rache) unter dem Aspekt des Schutzes der staatlichen Rechtswahrungsfunktion ist abzulehnen. Gerade bei Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht liegen häufig schuld mindernde Aspekte in einer Intensität vor (Konflikt, Affekt, persönliche Betroffenheit), die es zweifelhaft erscheinen lassen, solche Taten umstandslos in einem gesonderten Merkmal als höchststrafwürdig einzustufen; zumal Rache bzw. Vergeltung nicht per se im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen. Das Strafrecht kennt die Vergeltung als Strafzweck.

5. Prof. Dr. Jörg Kinzig

Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe

I. Einleitung

„Die Würde des Menschen ist etwas Unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, daß an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.“¹

Dieses Zitat des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus seinem grundlegenden Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe aus dem Jahr 1977 zeigt, dass der demokratische Rechtsstaat vom parlamentarischen Gesetzgeber verlangt, seine strafrechtlichen Reaktionen immer wieder zu überprüfen und sie neueren Entwicklungen und Erkenntnissen anzupassen. Dies gilt umso mehr, wenn sie so einschneidend sind wie die Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.

Auch weil seit dem genannten Judikat des höchsten deutschen Gerichts bereits knapp vier Jahrzehnte vergangen sind und es damit dringend an der Zeit ist, sich erneut Rechenschaft über die Berechtigung dieser Sanktion abzulegen, freue ich mich besonders, vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingeladen worden zu sein, vor der Expertengruppe zur Überarbeitung der Tötungsdelikte einen Vortrag über die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe zu halten.² Für diese Gelegenheit herzlichen Dank!

1. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Der mir mitgegebene, recht weit formulierte Arbeitstitel „Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe“ macht zunächst einige thematische Eingrenzungen erforderlich.

Absprachegemäß nicht behandeln werde ich die Tatbestandsseite aller Delikte, die eine lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen können. Das gilt insbesondere für die Tötungsde-

¹ BVerfGE 45, 187 (229). Dieses Zitat stellt auch Gabriele Kett-Straub der Einleitung ihrer Habilitationsschrift mit dem Titel „Die lebenslange Freiheitsstrafe“, 2011, S. 1 voran.

² Dieser Bericht stellt eine ausführliche Fassung des am 7.1.2015 in Berlin im BMJV gehaltenen Vortrags dar.

likte. Darüber hinaus werde ich mich auf Überlegungen beschränken, wie eine angemessene Reaktion auf das schwerste Tötungsdelikt im Strafgesetzbuch, derzeit Mord nach § 211 StGB, ausgestaltet werden soll. Ungeachtet der momentan auch terminologisch über eine künftige adäquate Bezeichnung vorsätzlicher Tötungsdelikte geführten Diskussion werde ich in diesem Referat die (herkömmliche) Bezeichnung „Mord“ als Synonym für schwerstes vorsätzliches Tötungsunrecht verwenden.

Außer Betracht lassen werde ich also sowohl die nur fakultativ vorgesehene lebenslange Freiheitsstrafe, wie sie als Sanktion in einer ganzen Reihe weiterer Tatbestände des Strafgesetzbuchs außerhalb der Tötungsdelikte erscheint, als auch die für Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch teils obligatorisch, teils wahlweise normierten Varianten dieser Strafe (vgl. Tabellen 1 und 2). Sollte sich der Gesetzgeber zu einer Änderung der Rechtsfolge bei Mord entschließen, müssten auch diese Strafandrohungen auf ihre Stimmigkeit hin überprüft werden.

Tabelle 1: Übersicht über die im Strafgesetzbuch enthaltenen Tatbestände mit der Sanktionsandrohung lebenslange Freiheitsstrafe

Tatbestand	Titel	Strafraahmen	Besonderheiten
§ 80 StGB	Vorbereitung eines Angriffskriegs	Alternativ: FS ≥ 10 J.	
§ 81 Abs. 1 StGB	Hochverrat gegen den Bund	Alternativ: FS ≥ 10 J.	
§ 94 Abs. 2 StGB	Landesverrat	Alternativ: FS ≥ 5 J.	Besonders schwerer Fall mit Regelbeispielen
§ 97a StGB	Verrat illegaler Geheimnisse	Alternativ: FS ≥ 5 J.	Besonders schwerer Fall mit Regelbeispielen
§ 100 Abs. 2 StGB	Friedensgefährdende Beziehungen	Alternativ: FS ≥ 5 J.	Besonders schwerer Fall mit Regelbeispiel
§ 176b StGB	Sexueller Mißbrauch von Kindern mit Todesfolge	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 178 StGB	Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 211 StGB	Mord	obligatorisch	
§ 212 Abs. 2 StGB	Totschlag	obligatorisch	Unbenannter besonders schwerer Fall

§ 239a Abs. 3 StGB	Erpresserischer Menschenraub	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 239b Abs. 2 StGB	Geiselnahme	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 251 StGB	Raub mit Todesfolge	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 252 StGB	Räuberischer Diebstahl	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 255 StGB	Räuberische Erpressung	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 306c StGB	Brandstiftung mit Todesfolge	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 307 Abs. 3 Nr. 1 StGB	Herbeiführen einer Explosion durch Kernenergie	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 308 Abs. 3 StGB	Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 309 Abs. 4 StGB	Mißbrauch ionisierender Strahlen	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 313 Abs. 2 StGB	Herbeiführen einer Überschwemmung	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 314 Abs. 2 StGB	Gemeingefährliche Vergiftung	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 316a Abs. 3 StGB	Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit
§ 316c Abs. 3 StGB	Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei wenigstens Leichtfertigkeit

Tabelle 2: Übersicht über die im Völkerstrafgesetzbuch enthaltenen Tatbestände mit der Sanktionsdrohung lebenslange Freiheitsstrafe

Tatbestand	Titel	Strafrahm- men	Besonderheiten
§ 6 Abs. 1 VStGB	Völkermord	obligatorisch	
§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VStGB	Verbrechen gegen die Menschlichkeit	obligatorisch	
§ 7 Abs. 3 VStGB	Verbrechen gegen die Menschlichkeit	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation
§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB	Kriegsverbrechen gegen Personen	obligatorisch	
§ 8 Abs. 4 VStGB	Kriegsverbrechen gegen Personen	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation
§ 11 Abs. 2 S. 2 VStGB	Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei Vorsatz
§ 12 Abs. 2 S. 2 VStGB	Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Mittel der Kriegsführung	Alternativ: FS ≥ 10 J.	Erfolgsqualifikation bei Vorsatz

Nur streifen werde ich die Kombination lebenslanger Freiheitsstrafe mit den stationären Maßregeln, also den Unterbringungen nach § 63 StGB, § 64 StGB³ sowie §§ 66 ff. StGB.⁴

³ Kombinationen von lebenslanger Freiheitsstrafe und einer Unterbringung nach § 64 StGB scheinen eher selten zu sein, vgl. aber den Fall BGH NStZ-RR 2007, 336.

⁴ Im von der Presse breit diskutierten Fall des Doppelmörders Jan O. hat das Landgericht Göttingen den Täter zu lebenslanger Freiheitsstrafe (ohne besondere Schwere der Schuld) verurteilt und daneben die Maßregeln nach § 63 und § 66 StGB angeordnet (vgl. dazu den Bericht der Frankfurter Rundschau „Unvorstellbare Dimension des Unrechts“. Für den Mord an zwei Teenagern in Bodenfelde wird Jan O. bis ans Ende seines Lebens büßen müssen“ vom 28.6.2011, S. 30). Der 5. Strafsenat des BGH hat das Urteil am 11.1.2012 bestätigt (vgl. Pressemitteilung Nr. 13/2012).

Ausgeblendet werden auch die besonderen Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes, insbesondere § 106 Abs. 1 JGG. Nur kurz ansprechen kann ich die für die Behandlung der Lebenslänglichen im Strafvollzugsgesetz bzw. in den Straf- und Justizvollzugsgesetzen der Bundesländer (überwiegend nicht) vorgesehenen besonderen (Behandlungs)vorschriften.

2. Wesentliche zukünftige Handlungsoptionen des Gesetzgebers für die Reaktion auf einen Mord

Bei Durchsicht der Literatur zeigt sich, dass dem Gesetzgeber als wesentliche Handlungsoptionen drei Varianten vorgeschlagen werden, mit denen er zukünftig auf die Begehung eines Mordes reagieren kann.⁵

a) Beibehaltung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe

Bemerkenswerterweise scheint derzeit – soweit ersichtlich – niemand für die Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes zu plädieren. Dieser sieht bekanntlich in § 211 Abs. 1 StGB mit der Formulierung „*Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.*“ als zwingende Rechtsfolge⁶ der Begehung eines Mordes (derzeit noch?)⁷ die Verurteilung zu eben dieser schweren Sanktion vor.

Halten Reformvorschläge an der lebenslangen Freiheitsstrafe als regelmäßige Rechtsfolge für die Begehung eines Mordes überhaupt und weiterhin fest, eröffnen sie Auswege, um eine im Einzelfall unerwünschte zu strenge Bestrafung vermeiden zu können.

Als Beispiel für einen solchen Ausweg sei der Vorschlag Eser zur Ausgestaltung des Tatbestands des Mordes (§ 211 StGB) genannt, den er anlässlich des 53. Deutschen Juristentags im Jahr 1980 unterbreitet hat. Dabei stellt Eser die lebenslange Freiheitsstrafe zunächst zur Disposition des Gesetzgebers. Für den Fall, dass selbiger diese Sanktion beibehalten wolle, sieht Eser zwar in § 211 Abs. 1 StGB für einen besonders schweren Fall des Mordes die lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Rechtsfolge vor, flexibilisiert diese aber dadurch, dass er die besonders schweren Fälle in § 211 Abs. 2 StGB zugleich als Regelbeispiele ausgestaltet.⁸

⁵ Marc Sotelsek (Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte, 2012) listet in seiner Dissertation (ab S. 175 ff.) rund 20 Reformvorschläge im Bereich der Tötungsdelikte auf.

⁶ Auf einem anderen Blatt steht, dass sich die Rechtsprechung (vgl. nur BGHSt 30, 105) mittels der so genannten Rechtsfolgenlösung einen Ausweg zur Verhinderung unverhältnismäßiger Härten geschaffen hat.

⁷ Freilich hat noch ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz aus dem Jahr 2003 in einem neuen § 213 StGB - 533 - „de lege ferenda“ für eine zwingend lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord votiert. Lediglich für Fälle der Heimtücke sollte im Falle „besondere(r) Umstände“ in § 213 Abs. 2 StGB eine Mindestfreiheitsstrafe von (nur) fünf Jahren vorgehalten werden.

⁸ Albin Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag Berlin 1980, 1980. Ähnlich der Vorschlag von Sven Thomas (Die Geschichte des Mordparagraphen. Eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart, 1985), wobei in § 212 Abs. 3 StGB zudem eine „besondere Missbilligung der Tat“ konstatiert werden muss. Ebenso Benjamin Steinhilber (Mord und Lebenslang. Aktuelle Rechtsprobleme und Vorschläge für die überfällige Reform, 2012, S. 257 ff.) in seinem § 211 StGB

Ähnlich, aber weniger vorstrukturiert verfährt Mitsch. Er orientiert sich in seinem Vorschlag am geltenden Recht. Um der von ihm beklagten Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB entgegenzuwirken, schlägt er vor, diesem Tatbestand einen Absatz 3 anzufügen. Darin soll für unbenannte minder schwere Fälle die Strafe auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren abgesenkt werden.⁹

b) Die Ausgestaltung als fakultative lebenslange Freiheitsstrafe

Eine weitere Gruppe von Reformvorschlägen präferiert, die lebenslange Freiheitsstrafe neben einer zeitigen Freiheitsstrafe bis 15 Jahre zur Wahl zu stellen.¹⁰ Innerhalb dieser Fraktion unterscheiden sich die Vorschläge danach, ob für die Sanktion mit lebenslanger Freiheitsstrafe weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen oder die Wahl dem freien richterlichen Ermessen anheimgestellt werden soll.

Als Beispiel für eine weitgehende Vorstrukturierung der zu bestimmenden Rechtsfolge kann der AE Leben aus dem Jahr 2008 dienen. Er stellt in § 211 Abs. 1 StGB bei Mord zunächst einen Strafraum von nicht unter fünf Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe zur Verfügung. Lebenslange Freiheitsstrafe erfordert nach Abs. 2 S. 1 dieser Vorschrift zudem, dass „besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht ist“. Dieses wird seinerseits in Absatz 2 Satz 2 durch Regelbeispiele konkretisiert.¹¹

Aktuelles Beispiel für eine alternative lebenslange Freiheitsstrafe nach freiem Ermessen ist der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins. In seinem Reformentwurf wird in einem neuen § 212 StGB für den Tatbestand der Tötung neben einer Freiheitsstrafe von nicht unter fünf Jahren wahlweise lebenslange Freiheitsstrafe angedroht. Eine Vorstrukturierung der Rechtsfolge erfolgt nicht.¹²

(Totschlag; Mord; minder schwerer Fall des Totschlags), der in Abs. 2 S. 2 ebenfalls Regelbeispiele normiert. Auch Alexander Kubik/Till Zimmermann (Mord und/oder Totschlag? – Eine kritische Analyse aktueller Reformvorschläge zur vorsätzlichen Tötung, StV 2013, 582-589 (588)) sehen für einen besonders schweren Fall des Totschlags (Mord) in § 212 S. 1 StGB zwingend lebenslange Freiheitsstrafe vor und stellen dafür in S. 2 Regelbeispiele auf.

⁹ Wolfgang Mitsch, Die Verfassungswidrigkeit des § 211 StGB, JZ 2008, 336-340 (340).

¹⁰ Aus der Literatur äußerten sich in letzter Zeit in diesem Sinne etwa Kett-Straub, 2011, S. 338 f., wonach es „die fakultative Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe“ dem Richter erlauben würde, „das Gesetz ohne dogmatische Hilfskonstruktionen anzuwenden.“ Auch Anette Grünwald, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform, JA 2012, 401-406 bezeichnet die zwingend anzuordnende lebenslange Freiheitsstrafe als „Hauptübel“ des § 211 StGB (S. 402) und befürwortet stattdessen (S. 406) eine flexible Strafandrohung. Vgl. auch dies., Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 376.

¹¹ Günter Heine/Frank Höpfel/Barbara Huber u. a., Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2008, 193-270.

¹² Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag; §§ 211, 212, 213 StGB, 2014, S. 3. Inhaltlich vollständig und in der Begründung weitgehend mit dem DAV-Vorschlag deckungsgleich ist der Aufsatz von Rüdiger Deckers/Thomas Fischer/Stefan König/Klaus Bernsmann, Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag, NSTZ 2014, 9-17.

c) Abschaffung der lebenslangen und Ersetzung durch eine zeitige (verlängerte?) Freiheitsstrafe

Vor allem von Mitte der 1970er bis Mitte der 1990er Jahre, aber auch verstärkt in jüngster Zeit, wurde und wird die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe gefordert.¹³ Hier unterscheiden sich die Reformvorstellungen danach, ob zukünftig die zeitige Freiheitsstrafe von 15 Jahren auch für schwerste Tötungsdelikte die zeitliche Obergrenze markieren oder quasi als Kompensation die zeitige Freiheitsstrafe über 15 Jahre hinaus verlängert werden soll. Bei einer Obergrenze von 15 Jahren kann darüber hinaus danach differenziert werden, ob der Strafraum zusätzlich nach unten geöffnet werden soll.

Hartmut-Michael Weber hat in seinem umfangreichen Werk mit dem programmatischen Titel „Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs“ im Jahr 1999 die Argumente für diese Position zusammengetragen. Er sieht in § 212 Abs. 2 S. 1 StGB (Vorsätzliche Tötung) für Normalfälle einen Strafraum von nicht unter fünf Jahren vor. Bei einer durch Regelbeispiele (S. 3) ausgestalteten besonderen Schwere der Tatschuld (S. 2) hat das Gericht eine Mindestverbüßungsdauer von nicht unter elf Jahren zu bestimmen.¹⁴

Einen Strafraum eröffnet auch Kargl, indem er in einem dreigliedrigen Stufenaufbau bei besonderer Tatschwere eine Freiheitsstrafe von zehn bis 15 Jahren für Mord normiert.¹⁵

Zudem streiten die Strafverteidigervereinigungen für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, sind dabei aber nicht so radikal wie Weber. Sie sehen in einem neuen § 212 Abs. 2 StGB mit der Überschrift „Tötung“ für besonders schwere Fälle als absolut bestimmte Sanktion eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren vor. Freilich wird eine gewisse Flexibilität nach unten bei der Sanktionsfindung dadurch eröffnet, dass § 212 Abs. 2 S. 2 StGB für die besonders schweren Fälle noch zu bestimmende Regelbeispiele normieren möchte.¹⁶

Für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe ist in neuerer Zeit auch Tonio Walter eingetreten.¹⁷ Als Kompensation dafür will er in § 212 StGB für Mord generell eine Freiheits-

¹³ In neuerer Zeit hat in der Literatur z. B. Michael Köhne (Immer noch reformbedürftig: Strafvorschriften zur vorsätzlichen Tötung, ZRP 2014, 21-24) die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe als seit langem notwendig bezeichnet (S. 24). Vgl. auch Johannes Kaspar (Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014), nach dem (S. 836) die lebenslange Freiheitsstrafe rational nicht zu rechtfertigen sei und der stattdessen (S. 839) „eine Freiheitsstrafe von 20 Jahren als absolute Obergrenze“ vorsehen möchte.

¹⁴ Hartmut-Michael Weber, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999, S. 427 f.

¹⁵ Walter Kargl, Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte, JZ 2003, 1141-1149 (1148), wobei er jedoch nicht ganz klar auch (nur) von der „Suspendierung der absoluten Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe“ spricht.

¹⁶ Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen, Reform der Tötungsdelikte, abrufbar unter http://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/reform_toetungsdelikte_par211212.html.

¹⁷ Tonio Walter, Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung – Zur Reform der Tötungsdelikte und gegen Fischer et al. in NSTZ 2014, 9, NSTZ 2014, 368-376.

strafe von nicht unter 15 Jahren bereithalten. Zudem soll das Höchstmaß der Freiheitsstrafe für diese Fälle auf 30 Jahre erweitert werden (§ 38 S. 1 StGB). Das Tatgericht soll das Recht erhalten, eine Mindestverbüßungsdauer zu bestimmen. Erst nach Ablauf dieser Mindestverbüßungsdauer ist eine Aussetzung des Strafrestes nach § 57a StGB möglich.¹⁸

II. Rechtsvergleichende Überlegungen – internationalrechtliche Vorgaben

Die auf der Rechtsfolgenseite weite Spreizung der vorliegenden Reformvorschläge lässt es angeraten sein, rechtsvergleichende Überlegungen anzustellen sowie sich der internationalrechtlichen Vorgaben im Bereich lebenslanger Freiheitsstrafen zu vergewissern.

1. Rechtsvergleichende Überlegungen

Über den in Europa praktizierten Umgang mit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat kürzlich die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Falle „Vinter and others v. The United Kingdom“ berichtet.¹⁹ Dabei hat der EGMR vier verschiedene Varianten bei der Anordnung dieser Sanktion festgestellt.

- So gäbe es neun Staaten, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe nicht existiere.
- In der Mehrheit der Länder könne dagegen eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden, es existiere aber ein speziell vorgesehenes Verfahren („*a dedicated mechanism*“), in dem die Strafe nach einer durch das Gesetz bestimmten Vollstreckungsmindestdauer überprüft werde.
- Zudem gäbe es fünf Länder (Island, Litauen, Malta, die Niederlande sowie die Ukraine), die zwar kein solches Verfahren hätten, bei denen aber der Gefangene um Begnadigung nachsuchen könne.
- Sieben weitere Länder (England und Wales, Bulgarien, Ungarn, Frankreich, Slowakei, Schweiz und die Türkei) verfügten zwar über ein Verfahren für eine Strafrestaussatzung zur Bewährung, schlossen selbiges aber für bestimmte Straftaten oder Sanktionen aus.

Aus deutscher Sicht von näherem Interesse sind wegen der sogleich noch zu erläuternden verfassungsgerichtlichen Vorgaben nur die ersten beiden Varianten des (Nicht-) Umgangs mit der lebenslangen Freiheitsstrafe.

¹⁸ Tonio Walter, NStZ 2014, 374 ff. Auch Sotelsek, 2012, S. 580 plädiert in seinem Gesetzentwurf für Fälle des Mordes in einem neuen § 212 StGB für eine Freiheitsstrafe von 15 bis zu 25 Jahren.

¹⁹ Urteil vom 9.7.2013, Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10.

Die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft haben die neun Länder Andorra, Bosnien-Herzegowina, Kroatien, Montenegro, Norwegen, Portugal, San Marino, Serbien und Spanien. In diesem Zusammenhang ist zu ergänzen, dass nach einer Agenturmeldung vor kurzem auch im Vatikanstaat die lebenslange Freiheitsstrafe aus dem Strafgesetzbuch gestrichen worden ist. Papst Franziskus selbst hat sich erst im Oktober in einer längeren Rede gegen die lebenslange Freiheitsstrafe ausgesprochen und sie als eine „versteckte Todesstrafe“ bezeichnet.²⁰

Für die genannten Staaten ohne lebenslange Freiheitsstrafe gibt der EGMR als Höchstdauer zeitiger Freiheitsstrafe eine Bandbreite von 21 Jahren in Norwegen bis zu 45 Jahren in Bosnien-Herzegowina, bei Tatmehrheit von gar 50 Jahren in Kroatien an.

Ergänzend ist für Portugal zu bemerken, dass auf Mord eine Freiheitsstrafe von bis zu 25 Jahren steht, die im Falle des Rückfalls sowie bei Tatein- oder Tatmehrheit entsprechend erhöht werden kann.²¹ In San Marino existiert eine maximale Strafandrohung von 35 Jahren.²² In Spanien gilt für „qualifizierten Mord“ eine Gefängnisstrafe von bis zu 25 Jahren, in manchen Konkurrenzfällen der schweren Kriminalität von bis zu 30 bzw. 40 Jahren.²³

Da sich Norwegen am unteren Ende dieser Skala befindet, lohnt ein kurzer Exkurs zu dem Urteil, das der „Oslo tingrett“ am 24.8.2012 gegen Anders Breivik u.a. wegen Mordes an 77 Personen gefällt hat.²⁴ Breivik wurde nicht zu einer (maximal 21-jährigen) Gefängnisstrafe, sondern stattdessen zu einer 21-jährigen Sicherungsverwahrung nach section 39c des norwegischen Strafgesetzbuches²⁵ verurteilt. Wesentliche Voraussetzung für eine solche Vorgehensweise ist, dass die Festsetzung einer zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe als ungenügend angesehen wird, die Gesellschaft vor dem Straftäter zu schützen.²⁶ Gleichzeitig bestimmte das Gericht die höchstmögliche Mindestverbüßungsdauer von zehn Jahren. Vor

²⁰ „Ansprache von Papst Franziskus an eine Delegation der Internationalen Strafrechtsgesellschaft (AIDP)“ im Saal der Päpste am 23. Oktober 2014, abgedruckt unter http://w2.vatican.va/content/francesco/de/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html.

²¹ Manuel da Costa Andrade/Helena Moniz, Landesbericht Portugal, in: Hans-Georg Koch (Hrsg.), Wegsperrten? Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter, 2011, S. 185-208 (S. 190 f.).

²² Konstanze Jarvers, Landesbericht Portugal, in: Hans-Georg Koch (Hrsg.), 2011, S. 211-238 (S. 212 f.).

²³ Teresa Manso Porto, Landesbericht Spanien, in: Hans-Georg Koch (Hrsg.), 2011, S. 321-348 (S. 324).

²⁴ Eine englische Übersetzung des Urteils findet sich im Internet unter <https://sites.google.com/site/breivikreport/documents/judgment-of-anders-behring-breivik-2012-08-24>.

²⁵ The General Civil Penal Code mit Stand 21.12.2005; <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf>.

²⁶ Die wichtigsten Bestimmungen lauten in englischer Übersetzung: Section 39c: „When a sentence for a specific term is deemed to be insufficient to protect society, a sentence of preventive detention in an institution under the correctional services may be imposed instead of a sentence when the following conditions in No. 1 or No. 2 are fulfilled: 1. The offender is found guilty of having committed or attempted to commit a violent felony, sexual felony, unlawful imprisonment, arson or other serious felony impairing the life, health or liberty of other persons, or exposing these legal rights to risk. In addition there must be deemed to be an imminent risk that the offender will again commit such a felony ...“

Section 39e bestimmt weiterhin: „When passing a sentence of preventive detention the court shall fix a term that should usually not exceed 15 years and may not exceed 21 years. On application by the prosecuting authority the court may, however, extend the fixed term by up to five years at a time. ... A minimum period of preventive detention not exceeding 10 years should also be determined.“

deren Ablauf ist eine Strafaussetzung zur Bewährung ausgeschlossen.²⁷ Vor Ablauf der 21 Jahre kann das Gericht die Sicherungsverwahrung um jeweils fünf Jahre verlängern.

Die Länder, die ein spezielles Verfahren für die Aussetzung der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe vorsehen, unterscheiden sich nach der zu verbüßenden Mindestdauer. Mindestverbüßungsdauern von mehr als 15 Jahren sehen tendenziell die früheren Staaten des Ostblocks vor, daneben aber auch Frankreich, Griechenland, die Türkei und Italien.

Dagegen bestimmen westeuropäische Länder tendenziell, dass Lebenslängliche bereits nach 15 Jahren im Strafvollzug entlassen werden können. In den skandinavischen Staaten existieren demgegenüber kürzere Mindestverbüßungszeiten von nur zwölf Jahren (Dänemark²⁸ und Finnland²⁹), in Schweden gar von nur zehn Jahren. Dort kann die lebenslange Freiheitsstrafe nach dieser Zeit in eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe umgewandelt werden, die die Höchstdauer der zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe nicht unterschreiten darf. Auf diese Strafe finden dann wiederum die Vorschriften zur Strafrestausssetzung zur Bewährung Anwendung.³⁰

Tabelle 3: Mindestverbüßungsdauer bei lebenslänglicher Freiheitsstrafe in europäischen Ländern nach Angaben des EGMR

< 15 Jahre	15 Jahre	> 15 bis ≤ 20 J.	> 20 bis ≤ 25 J.	> 25 Jahre
Dänemark (12)	Belgien (15) ³¹	Armenien (20)	Albanien (25)	Estland (30)
Finnland (12)	Deutschland (15)	Bulgarien (20)	Aserbaidschan (25)	Italien (26)
Irland (7) ³²	Liechtenstein (15)	Frankreich (18) ³³	Georgien (25)	Moldawien (30)

²⁷ Bemerkenswerterweise heißt es in der englischen Übersetzung zum Charakter dieser Sanktion „a sentence of preventive detention“.

²⁸ Allerdings wird für Dänemark die durchschnittliche Verbüßungsdauer der lebenslangen Freiheitsstrafe mit immerhin 17 Jahren angegeben, vgl. Karin Cornils, Landesbericht Dänemark, in: Hans-Georg Koch (Hrsg.), 2011, S. 3-28 (S. 7).

²⁹ Für Finnland wird von einer Verweildauer von zwölf bis 14 Jahren für die lebenslange Freiheitsstrafe berichtet, vgl. Tapio Lappi-Seppälä, Finland, in: Kirstin Drenkhahn/Manuela Dudeck/Frieder Dünkel, Long-Term Imprisonment and Human Rights, 2014, S. 136-162.

³⁰ Soweit ersichtlich, existiert derzeit keine aktuelle Übersetzung des schwedischen Strafgesetzbuches. Die zum 1.11.2006 in Kraft getretenen Änderungen finden sich auf der Website der „Government Offices of Sweden“; vgl. unter <http://www.government.se/sb/d/9172/a/124123>.

³¹ Mit einer Verlängerung auf 19 oder 23 Jahre bei Rückfalltätern.

³² Das „Parole Board“ prüft nach sieben Jahren mit Ausnahme bestimmter Straftaten des Mordes.

³³ 30 Jahre für gewisse Straftaten des Mordes.

Schweden (10)	Luxemburg (15)	Griechenland (20)	Lettland (25)	
Zypern (12)	Makedonien (15)	Rumänien (20)	Polen (25)	
	Monaco (15)	Tschechien (20)	Russland (25)	
	Österreich (15)	Ungarn (20) ³⁴	Slowakei (25)	
	Schweiz (15) ³⁵		Slowenien (25)	
			Türkei (24) ³⁶	

2. Internationalrechtliche Vorgaben

Der Umstand, dass die meisten europäischen Staaten bisher an der lebenslangen Freiheitsstrafe festgehalten haben und die Mindestverbüßungszeiten nur selten geringer als in Deutschland ausfallen, deutet bereits darauf hin, dass keine internationalrechtlichen Vorgaben existieren, die Deutschland zu einem Verzicht auf die lebenslange Freiheitsstrafe zwingen.

Erneut ist allerdings in diesem Zusammenhang auf die erst kürzlich ergangene Entscheidung der Großen Kammer des EGMR in Sachen „Vinter and others v. The United Kingdom“ hinzuweisen. Ihr zufolge bekennt sich nunmehr auch der Europäische Gerichtshof dazu, dass – um nicht gegen das in Art. 3 EMRK statuierte Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe zu verstoßen – auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe sowohl eine Aussicht auf Entlassung als auch eine Möglichkeit der Überprüfung bestehen muss.³⁷

Freilich hält der EGMR in besagter Entscheidung zugleich fest, dass die Vertragsstaaten der EMRK frei sind, die lebenslange Freiheitsstrafe für schwere Straftaten wie etwa Mord vorzu-

³⁴ Eine abweichende Bestimmung durch das Gericht ist möglich.

³⁵ Nach Art. 86 Abs. 4 StGB kann der Gefangene „ausnahmsweise bedingt entlassen werden, wenn ausserordentliche, in der Person des Gefangenen liegende Umstände dies rechtfertigen.“

³⁶ Bei 30 Jahren im Fall einer verschärften lebenslangen Freiheitsstrafe und 36 Jahren bei zusätzlicher Tatmehrheit.

³⁷ Vgl. Rdnr. 110: “There are a number of reasons why, for a life sentence to remain compatible with Article 3, there must be both a prospect of release and a possibility of review.” Besprechungen dieses Urteils finden sich bei Christine Morgenstern, Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa, RW 2014, S. 153-188 sowie bei Dirk van Zyl Smit/Pete Weatherby/Simon Creighton, Whole Life Sentence and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done? Human Rights Law Review 2014, 14 59-84.

sehen. Dabei scheint das Gericht aber dazu zu neigen, dass bei der Auferlegung einer solchen Strafe nicht nur die erschwerenden, sondern auch die strafmildernden Faktoren berücksichtigt werden müssen.³⁸

Des Weiteren bezieht sich der EGMR auf die bereits aus dem Jahr 1976 stammende „Committee of Ministers Resolution 76(2) of 17 February 1976“. Nach Nr. 9 dieser Resolution sollen Strafgefangene so früh wie möglich untersucht werden, um festzustellen, ob eine bedingte Entlassung gewährt werden kann. Nr. 12 bestimmt ergänzend, dass eine solche Überprüfung nach acht bis 14 Jahren und danach in regelmäßigen Abständen erfolgen sollte.³⁹

III. Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Abschaffung oder Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe wird durch mehrere (Leit-)entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abgesteckt.

Im Anschluss an die Leitentscheidung aus dem Jahr 1977 (unter 1.) konzentrierte sich die Rechtsprechung zunächst auf die Behandlung des in § 57a StGB verankerten Merkmals der besonderen Schwere der Schuld (unter 2.), danach auf die Anforderungen an die lebenslange Freiheitsstrafe, die (nur noch) aufgrund einer vermuteten Gefährlichkeit vollstreckt wird (unter 3.).

1. Ausgangspunkt: Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1977

Bekanntlich hat der Erste Senat im Jahr 1977 die lebenslange Freiheitsstrafe wegen Mordes für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt. Jedoch hat er sich in seinem zweiten Leitsatz zur Frage, ob ihr Vollzug unzulässig in die Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 GG eingreift, sehr vorsichtig ausgedrückt. Insoweit kam er (nur) zum Ergebnis, *„nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnisse“* könne nicht festgestellt werden, *„daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß den Vorschriften des Strafvollzugsgesetzes und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Gnadenpraxis zwangsläufig zu irreparablen Schäden psychischer oder physischer Art führt, welche die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen.“*

³⁸ Vgl. Rdnr. 106: „This (sc. die Vereinbarkeit mit Art. 3 EMRK) is particularly so when such a sentence is not mandatory but is imposed by an independent judge after he or she has considered all of the mitigating and aggravating factors which are present in any given case.“

³⁹ Vgl. Rdnr. 60 sowie Rdnr. 116 des Urteils. Der EGMR ist insoweit aber zögerlich, als er erst eine Überprüfung nach spätestens 25 Jahren für erforderlich hält (Rdnr. 120). Zu den internationalrechtlichen Bestimmungen generell vgl. Kirstin Drenkhahn, International rules concerning long-term prisoners, in: Drenkhahn/Dudeck/Dünkel, 2014, S. 31-44.

Zu diesem zeitlich gebundenen Resultat gelangte das Bundesverfassungsgericht aufgrund einer Analyse des damaligen Forschungsstands zur Frage, ob und welche Haftfolgen die lebenslange Freiheitsstrafe zeitigt: So gäbe es eine Gruppe von Autoren, *„die schwerwiegende Haftschäden behaupten“*.⁴⁰ Ohne dass das vom Gericht erwähnt wurde, handelte es sich dabei um die quantitativ bei weitem größte Gruppe.⁴¹ Demgegenüber sei eine zweite Fraktion der Auffassung, *„daß mit den bisher vorliegenden Untersuchungsergebnissen eine verlässliche Beurteilung der Haftfolgen im gegenwärtigen Strafvollzug noch nicht möglich sei und daher vor einem abschließenden Urteil weitere Untersuchungen erforderlich seien“*.⁴² Schließlich finde sich *„eine dritte Gruppe von Äußerungen, nach denen auch der Vollzug von langen Freiheitsstrafen die Lebenstüchtigkeit der Gefangenen nicht regelmäßig so schwer und dauerhaft schädige, wie das aufgrund der früheren Erfahrungen insbesondere von den Autoren der ersten Gruppe befürchtet wird“*.⁴³ Zudem wies der Senat auf zwei neuere Dissertationen von Goemann und Peter-Alexis Albrecht hin, die ebenfalls *„zu einander widersprechenden Ergebnissen“* gekommen seien.⁴⁴ Anschließend stellte das Gericht fest, dass auch die Beweisaufnahme in diesem Verfahren *„zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt“* habe. So hätten die Untersuchungen der Psychiater Bresser und Rasch nicht ergeben, *„daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Regel eine irreparable Schädigung der Persönlichkeit oder der Gesundheit der Gefangenen zur Folge habe.“* Demgegenüber hätten die sachverständigen Strafvollzugspraktiker Einsele und Stark übereinstimmend dargelegt, *„daß gemäß ihren Erfahrungen und Untersuchungen nach einer gewissen Haftdauer erhebliche Schädigungen sowohl körperlicher Art als auch im seelisch-geistigen Bereich aufträten, die kaum zu beheben seien.“*⁴⁵ Diese non-liquet-Situation bewertete der Senat dahingehend, dass sich nicht gänzlich ausschließen lasse, *„daß nach einer mit den bisher vorliegenden Erkenntnissen noch nicht abschließend zu konkretisierenden Haftzeit in manchen Fällen deformierende Persönlichkeitsveränderungen in der Haft befürchtet werden müssen.“*⁴⁶

Obwohl es das Gericht als *„bedenklich“* bezeichnete, *„daß auch dann, wenn schwere Grundrechtseingriffe in Frage stehen, Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen sollen“*, verneinte es hinsichtlich etwaiger Haftschäden einen Verstoß gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde.⁴⁷

⁴⁰ BVerfGE 45, 187 (232).

⁴¹ Das BVerfG nennt hier die Wissenschaftler(innen) Einsele, Müller-Dietz, Hanack, Maurach, Ohm, Baumann, Roxin, Otto, Triffterer, Welzel sowie Zipf.

⁴² BVerfGE 45, 187 (233), wobei hier nur die Autoren Röhl und Feige genannt werden.

⁴³ BVerfGE 45, 187 (233 f.). Angeführt werden auch hier nur zwei Namen, nämlich die von Bresser und Goette.

⁴⁴ BVerfGE 45, 187 (234 f.).

⁴⁵ BVerfGE 45, 187 (235 ff.).

⁴⁶ BVerfGE 45, 187 (237).

⁴⁷ BVerfGE 45, 187 (238).

Für diese Wertung führte das Gericht zwei Gründe an: So seien die Justizvollzugsanstalten im Rahmen eines sinnvollen Behandlungsvollzugs *„auch bei den zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen verpflichtet, auf deren Resozialisierung hinzuwirken, sie lebensstüchtig zu erhalten und schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs und damit auch und vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen entgegenzuwirken.“* Diesen Anforderungen trage das – damals kurz vor der Entscheidung in Kraft getretene – Strafvollzugsgesetz des Bundes Rechnung. Abgesehen von der Urlaubsregelung in § 13 Abs. 3 StVollzG, enthalte es keine Sonderregelungen, *„welche die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten von gesetzlichen Ansprüchen oder von Leistungspflichten der Vollzugsbehörden ausschließen.“*⁴⁸ Dabei sei es Aufgabe des Staates, die Vollzugsanstalten so auszustatten, dass sie der gesetzlichen Verpflichtung zu Maßnahmen, schwerwiegenden Schäden entgegenzuwirken, nachkommen können.

Zudem sei die *„volle Verbüßung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine seltene Ausnahme“*, woraus sich *„eine weitere wesentliche Begrenzung der Gefahr schwerwiegender Persönlichkeitsveränderungen“* ergebe.⁴⁹

Ergänzend bemerkte das Gericht, dass die Menschenwürde auch dann nicht verletzt werde, *„wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grunde eine Begnadigung verbietet.“*⁵⁰

Insgesamt sei ein menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt, *„wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können; denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß.“*⁵¹ Dabei geböten *„sowohl das Prinzip der Rechtssicherheit als auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit, daß die Voraussetzungen, unter denen die lebenslange Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich geregelt werden.“*⁵² Im Ergebnis folgerte der Senat eine *„verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, eine entsprechende gesetzliche Regelung einzuführen.“*⁵³

⁴⁸ BVerfGE 45, 187 (240).

⁴⁹ BVerfGE 45, 187 (241).

⁵⁰ BVerfGE 45, 187 (242).

⁵¹ BVerfGE 45, 187 (245).

⁵² BVerfGE 45, 187 (246).

⁵³ BVerfGE 45, 187 (252).

Auch verstoße die lebenslange Freiheitsstrafe *„nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot des sinnvollen und maßvollen Strafens.“*⁵⁴ In diesem Zusammenhang stellte das Gericht fest, *„daß die lebenslange Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerste Tötungsdelikte zum Schutz des menschlichen Lebens als eines überragenden Rechtsguts eine wichtige Funktion erfüllt, den heute im Volke lebenden Wertvorstellungen entspricht und gleichzeitig ein bewußtseinsbildendes Unwertsurteil verdeutlicht. Diese Sanktion steht einer späteren Resozialisierung nicht rückfallgefährdeter Mörder keineswegs entgegen und entspricht der Schuldausgleichsfunktion und Sühnefunktion der Strafe.“*⁵⁵ Bei der Durchmusterung der allgemeinen Strafzwecke schätzte der Senat die *„spezielle Generalprävention“* jedenfalls nicht als völlig wirkungslos ein.⁵⁶ Die positive Generalprävention sah er bei dieser Sanktion als *„besonders geeignet“* an, *„im Bewußtsein der Bevölkerung die Erkenntnis zu festigen, daß das menschliche Leben ein besonders wertvolles und unersetzliches Rechtsgut ist, das besonderen Schutz und allgemeine Achtung und Anerkennung verdient.“*⁵⁷ Die bei der Mehrheit der Gefangenen nicht erforderliche negative Spezialprävention könne durch die Entlassungspraxis korrigiert werden.⁵⁸ Durch das Resozialisierungsziel könne auch die positive Spezialprävention sichergestellt werden.⁵⁹ Hinsichtlich der Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Sühne entspreche es *„dem bestehenden System der Strafsanktionen, daß der Mord wegen seines extremen Unrechts- und Schuldgehalts auch mit einer außergewöhnlich hohen Strafe geahndet wird.“* Diese Strafe stehe ferner *„mit der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung im Einklang.“*⁶⁰ Auch könne der Gesetzgeber die Sühne weiterhin für einen legitimen Strafzweck halten.⁶¹

Aufgrund des aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Schuldgrundsatzes sei die absolute Androhung einer so schweren Strafe jedoch nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, *„wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offenbleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer Strafe zu kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.“*⁶² Das sei jedoch bei einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB möglich.

⁵⁴ BVerfGE 45, 187 (253).

⁵⁵ BVerfGE 45, 187 (254).

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (255 f.).

⁵⁷ BVerfGE 45, 187 (256 f.).

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (257 f.).

⁵⁹ BVerfGE 45, 187 (258).

⁶⁰ BVerfGE 45, 187 (258 f.).

⁶¹ BVerfGE 45, 187 (259).

⁶² BVerfGE 46, 187 (259, 261).

Auch verstoße der große Unterschied in den Strafdrohungen bei den Tötungsdelikten nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁶³

2. Entscheidungen zur besonderen Schwere der Schuld

Nachdem mit Wirkung zum 1. Mai 1982 die Vorschrift des § 57a in das Strafgesetzbuch eingeführt worden war,⁶⁴ konzentrierte sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zunächst auf das in dieser Norm verankerte Merkmal der besonderen Schwere der Schuld.

a) Die Entscheidung BVerfGE 64, 261 aus dem Jahr 1983

Dabei stand in einem ersten Judikat jedoch nicht § 57a StGB, sondern die Handhabung des § 13 StVollzG im Mittelpunkt der verfassungsgerichtlichen Überlegungen. In diesem Verfahren wandten sich zwei zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte NS-Täter mit ihren Verfassungsbeschwerden dagegen, dass die Vollzugsbehörden im Rahmen ihrer Entscheidungen über einen Urlaub aus der Haft nach § 13 StVollzG auch die Schwere der Schuld berücksichtigt hatten. Dabei war der eine 78-jährige, gesundheitlich mittlerweile schwer angeschlagene Beschwerdeführer wegen Mordes in mindestens 475 Fällen und wegen Beihilfe zum Mord in mindestens sechs Fällen, begangen an insgesamt mehr als 2100 Menschen, verurteilt worden. Der andere 79-jährige Beschwerdeführer war wegen acht sachlich zusammentreffender, jeweils in Mittäterschaft begangener Morde in insgesamt 13.449 Fällen und eines in Mittäterschaft begangenen Mordversuchs belangt worden.

Eingangs bekräftigte der Zweite Senat die im Jahr 1977 vom Ersten Senat, wenn auch unter Zweifeln geäußerte Auffassung, dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe für schwerste Tötungsdelikte nicht bestünden.⁶⁵

Auch könne die im konkreten Fall vorliegende deutliche Überschreitung eines Mindestmaßes an Schuld *„zur Folge haben, daß die Strafe im Wortsinn ein Leben lang vollstreckt wird.“*⁶⁶ Hieran anknüpfend versuchte sich das Gericht daran, die beiden Postulate der Berücksichtigung einer besonderen Schwere der Schuld einerseits und einer grundsätzlich realisierbaren Chance, in Freiheit zu gelangen andererseits, in Einklang zu bringen: *„Ein menschenwürdiger Vollzug dieser Strafe wäre indessen nicht mehr sichergestellt, wenn dem Verurteilten ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit von vornherein jegliche Hoffnung genommen würde, seine Freiheit – wenn auch erst nach langer Strafverbüßung – wiederzuerlangen. Deshalb muß auch der mit besonders schwerer Tatschuld beladene Gefangene die grund-*

⁶³ BVerfGE 45, 187 (267 ff.).

⁶⁴ Durch Art. 1 Nr. 3 des 20. StrÄndG vom 8. Dezember 1981 (BGBl. I S. 1329).

⁶⁵ BVerfGE 64, 261 (270 f.).

⁶⁶ BVerfGE 64, 261 (272).

sätzlich realisierbare Chance erhalten, seine Freiheit wiederzugewinnen (vgl. BVerfGE 45, 187 [245, 258, 259]). Fallgestaltungen, die es strikt verwehrten, dem innerlich gewandelten, für die Allgemeinheit ungefährlich gewordenen Gefangenen auch nach sehr langer Strafverbüßung, selbst im hohen Lebensalter, die Wiedergewinnung der Freiheit zu gewähren, und ihn damit auch von vornherein zum Versterben in der Haft verurteilen, sind dem Strafvollzug unter der Herrschaft des Grundgesetzes grundsätzlich fremd.⁶⁷

Jedoch sei es nicht so, „daß der im höheren Lebensalter verurteilte Straftäter, zumal bei besonders schwerer Schuld, schon nach relativ kurzer Strafverbüßung von Verfassungs wegen in die Freiheit entlassen oder beurlaubt werden müßte.“ Gleichwohl lasse unter anderem „der Gedanke des gerechten Schuldausgleichs ... mit zunehmender Dauer der Haft der in der Menschenwürde gegründeten Hoffnung des Gefangenen, sei es auch nur kurz vor dem Tode, wieder in die Freiheit zu gelangen, mehr und mehr Raum.“⁶⁸

Im Ergebnis ließ das Bundesverfassungsgericht eine Berücksichtigung der Schwere der Schuld bei Vollzugsentscheidungen zu, gab aber den Verfassungsbeschwerden gleichwohl statt, da das hohe Alter und die Krankheit der Gefangenen nicht hinreichend berücksichtigt worden waren.

Demgegenüber wandte Mahrenholz in seinem abweichenden Votum aus meiner Sicht zu Recht ein, dass der Erste Senat im Jahr 1977 „die Schuldverhaftetheit bis zum Tode im Freiheitsentzug“ gerade ausgeschlossen habe, „wenn sie nicht durch prognostische Gründe gerechtfertigt ist.“ Eine allein aus Gründen der Schuld bewusst bis an das Lebensende ausgerichtete Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe sei danach gerade nicht gewollt worden.⁶⁹

b) Die Entscheidung BVerfGE 72, 105 aus dem Jahr 1986

Auch diese Entscheidung betraf einen – im Zeitpunkt der Entscheidung nahezu 88-jährigen – NS-Täter, der sich, wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen in 54 Fällen schuldig gesprochen, mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen eine Nichtaussetzung seiner lebenslangen Freiheitsstrafe wandte, die er bereits mehr als 22 Jahre verbüßt hatte.

⁶⁷ BVerfGE 64, 261 (272).

⁶⁸ BVerfGE 64, 261 (281 f.).

⁶⁹ Mahrenholz in BVerfGE 64, 261 (299 f.).

Dabei war das OLG Frankfurt a. M. in dem angefochtenen Beschluss davon ausgegangen, dass die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe über die bisherige Dauer von 22 Jahren und acht Monaten hinaus gebiete.⁷⁰

Eingangs seiner Begründung bemerkte das Gericht, dass die mittlerweile eingeführte Vorschrift des § 57a StGB mit der Verfassung vereinbar sei.⁷¹ Zwar sei es „von Verfassungs wegen nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß eine lebenslange Freiheitsstrafe im Wortsinne ein Leben lang vollstreckt wird, insbesondere dann, wenn die Schwere der Schuld die Vollstreckung über die Mindestverbüßungsdauer hinaus gebietet und der Verurteilte sich inzwischen in vorgerücktem Alter befindet.“ Doch dürfe die Handhabung des § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht darauf hinauslaufen, „eine Entlassung in die Freiheit könne bei besonderer Schuldschwere trotz günstiger Prognose und weit über 15 Jahre hinausreichender Strafverbüßung erst dann in Betracht gezogen werden, wenn körperliche oder geistige Gebrechlichkeit eingetreten oder der Tod nahe sei.“ Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden, dürfe nicht „auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest“ reduziert werden.⁷²

Auch wenn die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen wurde, sah sich der Senat veranlasst darauf hinzuweisen, „daß mittlerweile, sollte eine neuerliche Entscheidung nach § 57a StGB zu treffen sein, dem Alter des nunmehr auf die Vollendung des 89. Lebensjahres zugehenden Beschwerdeführers eine solch überragende Bedeutung bei der geforderten vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung beizumessen sein dürfte, daß sich eine weitere Strafvollstreckung unter Wahrung der verfassungsrechtlichen, vornehmlich durch die Menschenwürde gezogenen Grenzen kaum wird vertreten lassen.“⁷³

c) Die Entscheidung BVerfGE 86, 288 aus dem Jahr 1992

Im Jahr 1992 stand das in § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB verankerte Merkmal der besonderen Schwere der Schuld auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand. Wiederum handelte es sich um zwei Beschwerdeführer. Bei ersterem hatten Strafvollstreckungskammer und Oberlandesgericht eine Strafrestaussetzung nach 15 Jahren wegen des Vorliegens einer besonderen Schwere der Schuld abgelehnt. Der Inhaftierte wurde schließlich nach fast 18 Jahren aus der Haft entlassen. Beim zweiten Beschwerdeführer, als Mittäter wegen zweier rechtlich zusammentreffender Verbrechen des gemeinschaftlichen Mordes in Tateinheit mit beson-

⁷⁰ BVerfGE 72, 105 (109).

⁷¹ BVerfGE 72, 105 (113).

⁷² BVerfGE 72, 105 (116 f.).

⁷³ BVerfGE 72, 105 (118 f.).

ders schwerem Raub verurteilt, hatten die Gerichte auch nach mehr als 20 Jahren eine Strafrestausssetzung wegen besonderer Schwere der Schuld verweigert.

Vor seiner Entscheidung hatte der Zweite Senat bei den Bundesländern Erhebungen zur Handhabung des Merkmals der besonderen Schwere der Schuld in Auftrag gegeben. Als übereinstimmend schuldsteigernd genannt wurden *„die Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale, besondere Begehungsformen, eine Mehrzahl von Opfern sowie tateinheitlich und tateinheitlich abgeurteilte Straftaten.“* Uneinheitlich sei die Praxis, was die Berücksichtigung von Vorstrafen als schulderhöhende Momente sowie von Straftaten, die nach §§ 154, 154a StPO vorläufig eingestellt worden seien, angehe. Ähnlich disparat würden Gründe herangezogen, die gegen eine besondere Schwere der Schuld sprächen.⁷⁴

In der Begründung der im Wesentlichen stattgegebenen Verfassungsbeschwerden stellte das Gericht zunächst fest, dass das Merkmal der besonderen Schwere der Schuld des Verurteilten (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) *„verfassungsrechtlich hinreichend bestimmt“* sei, da dem insoweit anwendbaren allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG Genüge getan werde.⁷⁵ Die Schuldschwere sei entsprechend § 46 StGB *„im Rahmen einer Gesamtwürdigung derjenigen erschwerend und mildernd zu Buche schlagenden objektiven und subjektiven Umstände der Tat zu bewerten, die der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe zugrunde liegt.“*⁷⁶ Neben der Schuld sei auch das Erfordernis ihrer besonderen Schwere hinreichend bestimmt.⁷⁷

Zentraler und umstrittener Punkt des Urteils bildete dann die Forderung, dass bereits das Schwurgericht die besondere Schwere der Schuld zu gewichten habe und das Vollstreckungsgericht daran gebunden sei.⁷⁸ Diese Zuständigkeitsverlagerung wurde in erster Linie damit begründet, dass die Strafvollstreckungsgerichte *„weder besonders erfahren noch entscheidungsnah“* seien, *„die objektiven und subjektiven Kriterien festzustellen, die die individuelle Tatschuld eines zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Mörders prägen.“* Zudem biete die Hauptverhandlung die größeren Gewährleistungen zur Feststellung der besonderen Schwere der Schuld.⁷⁹ Im Ergebnis sei es *„verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, die nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB in Verbindung mit § 454 StPO zu treffende Entscheidung über die Gewichtung der Schuld eines wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verur-*

⁷⁴ BVerfGE 86, 288 (304 f.).

⁷⁵ BVerfGE 86, 288 (310 f.).

⁷⁶ BVerfGE 86, 288 (313).

⁷⁷ BVerfGE 86, 288 (313 ff.).

⁷⁸ BVerfGE 86, 288 (315 ff.).

⁷⁹ BVerfGE 86, 288 (319).

teilten den Vollstreckungsgerichten zu übertragen.“ Dies sei Aufgabe der Schwurgerichte.⁸⁰ Des Weiteren erkannte das Gericht für das Aussetzungsverfahren nach § 57a StGB und den dadurch betroffenen Gefangenen an, dass *„je näher das Ende der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren rückt, um so quälender ... die Ungewißheit werden (sc. kann), wann mit Rücksicht auf die Schwere der Schuld eine Aussicht auf bedingte Entlassung besteht.“*⁸¹ Auch deswegen sei § 454 Abs. 1 S. 1 StPO *„verfassungskonform dahin auszulegen, daß im Falle der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe das Vollstreckungsgericht nicht nur darüber entscheidet, ob deren weitere Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen ist, sondern im Falle der Ablehnung auch, bis wann die Vollstreckung – unbeschadet sonstiger Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Aussetzung – unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schwere der Schuld fortzusetzen ist.“*⁸²

Der Rüge, *„das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verlange die gesetzliche Festlegung einer generellen Obergrenze für die aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu verbüßende Zeit der lebenslangen Freiheitsstrafe“*, gab der Senat nicht statt. Erst wenn die verfassungskonforme Auslegung sowie die begrenzte Verwendbarkeit der Feststellungen des Schwurgerichtsurteils im Rahmen der vom Vollstreckungsgericht in der Übergangszeit zu treffenden Entscheidungen erprobt sei *„und sich abzeichnet, wie die Rechtsprechung die Kriterien der besonderen Schwere der Schuld und des Gebietens in die Festsetzung einer konkreten Verbüßungszeit umsetzt, hat der Gesetzgeber das erforderliche Erfahrungsmaterial, um prüfen zu können, ob ein hinreichend objektivierbarer Maßstab für die in jedem Einzelfall erforderliche Gesamtwürdigung zur Verfügung steht und damit ein genügender Grundrechtsschutz durch eine hinreichend sichere Rechtsanwendung gewährleistet ist.“*⁸³

Wiederum lieferte der Richter Mahrenholz eine „dissenting opinion“.⁸⁴ Er beklagte ein „Dilemma“ und kritisierte, dass, wenn Schuld im Sinne des § 57a StGB *„schuldangemessen“* zu bestimmen und damit den Grundsätzen der Strafzumessung zu unterwerfen sei, dann *„nicht mehr gleichermaßen auch von der lebenslangen Freiheitsstrafe selbst als einer 'schuldangemessenen' gesprochen werden“* könne. Die lebenslange Freiheitsstrafe bekomme damit den Charakter einer *„Freiheitsstrafe von mindestens 15 Jahren“*.⁸⁵ Der Gesetzgeber könne das

⁸⁰ BVerfGE 86, 288 (320 ff.).

⁸¹ BVerfGE 86, 288 (327).

⁸² BVerfGE 86, 288 (331).

⁸³ BVerfGE 86, 288 (334 f.).

⁸⁴ Ein weiteres Minderheitenvotum kam vom Richter Winter (BVerfGE 86, 288 (355 ff.)). Er beurteilte es als verfassungsrechtlich unbedenklich, dass *„die Strafvollstreckungsgerichte im Rahmen ihrer Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe wegen Mordes auch die Frage nach einer besonderen Schwere der Schuld des Verurteilten zu beurteilen haben.“* (S. 358).

⁸⁵ BVerfGE 86, 288 (341).

Problem der lebenslangen Freiheitsstrafe in ihrem Charakter als absoluter Strafandrohung für Mord nicht länger ignorieren.⁸⁶

d) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 869/93 vom 2.3.1994

Hier wehrte sich eine 74-jährige, nach Erkrankungen nur noch im Justizvollzugskrankenhaus haftfähige Beschwerdeführerin, die im Düsseldorfer Majdanek-Verfahren wegen zwei Fällen des gemeinschaftlichen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, dagegen, dass die Strafvollstreckungskammer und ihr folgend das Oberlandesgericht Hamm die Mindestverbüßungsdauer auf 20 Jahre festgesetzt hatten. Die Zweite Kammer des Zweiten Senats nahm die Beschwerde nicht zur Entscheidung an. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass *„das Oberlandesgericht der gesundheitlichen Beeinträchtigung kein derartiges Gewicht zugesprochen hat, daß allein deshalb ein Absehen von der unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schwere der Schuld für geboten erachteten weiteren Vollstreckung hätte naheliegen müssen.“*⁸⁷

e) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 1697/93 vom 21.12.1994⁸⁸

Beschwerdeführer war hier ein Strafgefangener, der im Jahr 1967 im Alter von 26 Jahren wegen fünf sachlich zusammentreffender Verbrechen des Mordes, vier davon in Tateinheit mit drei Verbrechen des besonders schweren Raubes, zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt worden und bei dem später eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe gebildet worden war. Mit den angegriffenen Beschlüssen hatten das Landgericht Regensburg und ihm folgend das Oberlandesgericht Nürnberg eine Mindestverbüßungsdauer von 38 Jahren festgesetzt.

In Vorbereitung ihrer Entscheidung und anknüpfend an die Rechtsprechung im 86. Band fragte die Zweite Kammer des Zweiten Senats die zuständigen Stellen nach dem Umgang mit der Regelung des § 57a StGB *„in mehreren verwirklichten Mordfällen“*. Die von den jeweiligen Bundesländern gelieferten Antworten wurden wie folgt wiedergegeben:

„Nach den weitgehend übereinstimmenden Mitteilungen geht die Rechtspraxis in allen Ländern der Bundesrepublik – soweit es eine solche Praxis dort gibt oder bisher gegeben hat – dahin, daß bei als Mehrfachtätern verurteilten 'Lebenslänglichen' die Verbüßungsdauer zwischen 15 und 25 Jahren angesetzt und diese Grenze nach oben im allgemeinen nicht oder allenfalls in außergewöhnlichen Fällen überschritten wird. Die Bundesländer Baden-Württemberg (1 Fall), Bayern (8 Fälle), Berlin (1 Fall), Rheinland-Pfalz (2 Fälle) und Nord-

⁸⁶ BVerfGE 86, 288 (352).

⁸⁷ BVerfGE, NStE Nr. 16 zu § 57a StGB.

⁸⁸ Zitiert nach Juris, teilweise unter anderem auch abgedruckt in NJW 1995, 3244.

rhein-Westfalen (4 Fälle) haben insoweit von Einzelfällen berichtet, in denen die aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld bestimmte Vollstreckungszeit mit 26, 27, 29, 30, 31, 33 und mehr als 35 Jahren bemessen, bzw. nach Ablauf einer solchen Zeit die weitere Vollstreckung nicht mehr für geboten erachtet worden ist. ...

Das Spektrum der für geboten erachteten Vollstreckungsdauer bei der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe bewegte sich nach den Mitteilungen der Länder insgesamt in dem Bereich von 15 Jahren bis hin zu einer Vollstreckungszeit von über 35 Jahren. In Fällen einer einzelnen Mordtat liegt die im Durchschnitt festgesetzte Vollstreckungszeit bei 15 bis 20 Jahren. Nur bei Mehrfachtätern kommt es in Einzelfällen zu einer über 25 Jahre hinausgreifenden Vollstreckungszeit, dies, wie sich aus den insoweit teilweise differenzierenden Äußerungen ergibt, aber auch nicht ausschließlich aus Gründen der besonderen Schuldschwere, sondern wegen einer fehlenden günstigen Entlassungsprognose oder Einwilligung des Verurteilten. ...“

In ihrer Nichtannahmeentscheidung betonte die Kammer, dass *„sich weder aus der Regelung von § 57a StGB noch aus der von § 57b StGB eine absolute Grenze für die aus Gründen der Schuld zu verbüßende Zeit“* ergebe. Dabei stelle sich im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht die Frage, ob die Festlegung einer zeitlichen Obergrenze für die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen geboten sei. *„Erst wenn die vom Bundesverfassungsgericht entfaltete verfassungskonforme Auslegung eine gewisse Zeit erprobt ist und sich abzeichnet, wie die Rechtsprechung die Kriterien der besonderen Schwere der Schuld und des Gebietens in die Festsetzung einer konkreten Verbüßungszeit umsetzt, hat der Gesetzgeber das erforderliche Erfahrungsmaterial, um prüfen zu können, ob ein hinreichend objektivierbarer Maßstab für die im Einzelfall erforderliche Gesamtwürdigung zur Verfügung steht und damit ein genügender Grundrechtsschutz durch hinreichend sichere Rechtsanwendung gewährleistet ist.“*

Auch Art. 3 Abs. 1 GG sah die Kammer nicht als verletzt an, auch wenn es die Festlegung einer geringeren Vollstreckungsdauer im Hinblick auf die eingegangenen Stellungnahmen *„ersichtlich nicht (sc. als) fern“* liegend bezeichnete.

f) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 671/95 vom 22.5.1995⁸⁹

Beschwerdeführer war hier der unter anderem durch seine lange Inhaftierung prominent gewordene Strafgefangene Heinrich Pommerenke.⁹⁰ Pommerenke war im Jahr 1960 im Alter

⁸⁹ Zitiert nach Juris, teilweise unter anderem auch abgedruckt in NStZ 1996, 53.

⁹⁰ Über ihn existiert sogar ein Eintrag in „wikipedia“, vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich_Pommerenke.

von 23 Jahren „wegen Mordes in vier Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Notzucht mit Todesfolge, versuchten Mordes in zwölf Fällen, davon in acht Fällen in Tateinheit mit versuchter, in einem Fall mit vollendeter Notzucht und in einem weiteren Fall mit schwerem Raub, wegen versuchter Notzucht, Unzucht mit einem Kind unter 14 Jahren, gefährlicher Körperverletzung in je einem Fall, schweren Raubes in zwei Fällen, schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen und schweren Diebstahls im Rückfall in fünf Fällen u.a. zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt“ worden. Im Jahr 1986 wurde die Strafe auf eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe zurückgeführt. Die zunächst vom Landgericht Karlsruhe auf 50 Jahre festgesetzte Mindestverbüßungsdauer wurde im Jahr 1995 auf 42 Jahre reduziert. Dagegen wandte sich Pommerenke mit seiner Verfassungsbeschwerde, die die Zweite Kammer des Zweiten Senats als offensichtlich begründet erachtete.

Dabei hielt die Kammer an der Ansicht fest, dass sich derzeit nicht die Frage stelle, ob „die Festlegung einer zeitlichen Obergrenze für die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen geboten ist.“ Über „eine absolute Grenze zulässiger Erhöhung der schuldbedingten Vollzugsdauer“ müsse auch hier nicht entschieden werden, weil die angefochtenen Beschlüsse aus anderen Gründen fehlerhaft seien.

Konkret wurde beanstandet, „daß nach der langen Verbüßungsdauer von mehr als 35 Jahren auch eine noch so schwere Schuld im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung in besonderem Maße an Gewicht verlieren kann, wenn andererseits der Verurteilte aufgrund seiner Erkrankung nur noch eine kurze Lebensspanne vor sich hat, die für ein Leben in Freiheit zur Verfügung steht.“

Nachdem Pommerenke auch in der Folgezeit wegen einer negativen Legalprognose nicht aus dem Vollzug entlassen wurde, verstarb er im Dezember 2008 71-jährig im Vollzugskrankenhaus Asperg.

g) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 1158/97 vom 28.9.1998⁹¹

In diesem Verfahren war der Beschwerdeführer wegen Mordes in Tateinheit mit Straftaten nach dem WaffG im Jahr 1985 zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Strafvollstreckungskammer und Oberlandesgericht bejahten in diesem Altfall eine besondere Schwere der Schuld und setzten dafür eine Mindestverbüßungsdauer von 20 Jahren fest.

Wiederum die Zweite Kammer des Zweiten Senats hielt die Verfassungsbeschwerde für offensichtlich begründet. Zwar sei die Berücksichtigung „objektiv schuldsteigernde(r) Merkmale“ zulässig, doch sah die Kammer im konkreten Fall die verfassungsrechtliche Begrenzung,

⁹¹ Zitiert nach Juris, teilweise unter anderem auch abgedruckt in NSTZ 1999, 101.

der bei Altfällen die Beurteilung der Schuldschwere durch die Strafvollstreckungsgerichte unterliegt, als überschritten an.

h) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 1328/03 vom 29.7.2005⁹²

Hier nahm wiederum die Dritte Kammer des Zweiten Senats die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Akzeptiert wurde die von den ordentlichen Gerichten vorgenommene Festsetzung einer Mindestverbüßungsdauer von 24 Jahren, wobei das OLG als Kriterien für seine Entscheidung die Mehrzahl der Opfer, die Mehrfachtäterschaft des Beschwerdeführers, die uneingeschränkte Schuldfähigkeit, das Alter zur Tatzeit und nach Verbüßung der Schuldschwere, das Teilgeständnis, den bedingten Vorsatz, die eigenhändige Tötungshandlung in nur einem Fall, erneute Straftaten und die Hochzeit des Beschwerdeführers im Vollzug einbezogen hatte.

3. Entscheidungen zur Fortdauer (allein) aufgrund vermuteter Gefährlichkeit

Zu Beginn des neuen Jahrhunderts verlagerte sich die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung auf die Frage, welche Anforderungen an die lebenslange Freiheitsstrafe zu stellen sind, die (nur noch) aufgrund einer vermuteten Gefährlichkeit vollstreckt wird.

a) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 578/02 vom 1.7.2002⁹³

In diesem Fall verbüßte der Beschwerdeführer (nur noch) aufgrund einer angenommenen Gefährlichkeit eine wegen Mordes in Tateinheit mit versuchter Notzucht verhängte lebenslange Freiheitsstrafe.

In ihrem Prozesskostenhilfebeschluss attestierte die Dritte Kammer des Zweiten Senats eine hinreichende Erfolgsaussicht der Verfassungsbeschwerde bezüglich der Frage, ob die weitere Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach 32 Jahren Haft angemessen sei. Aufgeworfen wurde *„angesichts zunehmender Kritik an der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Literatur“* die Frage, *„ob eine Freiheitsentziehung, die nicht mehr wegen der besonderen Schwere der Schuld geboten ist, mit Blick auf die Annahme fortbestehender Gefährlichkeit des Verurteilten überhaupt noch als Strafe zum gerechten Schuldausgleich ... gerechtfertigt sein kann.“* Alternativ komme *„eine Maßregel oder eine andere Maßnahme“* in Betracht, *„deren Vollstreckung gegebenenfalls anders auszugestalten wäre.“*

⁹² Zitiert nach Juris.

⁹³ Zitiert nach Juris, teilweise unter anderem auch abgedruckt in StV 2003, 686. Dabei handelte es sich um einen Prozesskostenhilfebeschluss zu der später im Jahr 2006 in BVerfGE 117, 71 ergangenen Hauptsacheentscheidung.

b) Die Entscheidung BVerfGE 117, 71 aus dem Jahr 2006⁹⁴

Die Hauptsacheentscheidung folgte dann im Jahr 2006. Hier bezog das Bundesverfassungsgericht ganz grundsätzlich zu der Frage Position, welche Anforderungen an eine lebenslange Freiheitsstrafe zu stellen sind, die über die besondere Schwere der Schuld hinaus (nur noch) aufgrund einer vermuteten Gefährlichkeit vollstreckt wird.

Der erste Beschwerdeführer, Jahrgang 1940, war im Jahr 1974 vom Landgericht Düsseldorf wegen Mordes in Tateinheit mit versuchter Notzucht zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Ab dem Jahr 1992, also nach knapp 20 Jahren Strafverbüßung, gebot die besondere Schwere der Schuld die Strafvollstreckung nicht mehr. Wegen fortbestehender Gefährlichkeit war die Entlassung zuletzt im Jahr 2006 abgelehnt worden.⁹⁵

Der zweite, im Jahr 1944 geborene Beschwerdeführer war im Jahr 1972 wegen Mordes in zwei Fällen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Bei ihm war die besondere Schwere der Schuld im November 1997 nach 27 Jahren Inhaftierung abgelaufen. Zuletzt hatten die Vollstreckungsgerichte im Jahr 2002 die Entlassung abgelehnt.⁹⁶

Das Bundesverfassungsgericht hielt die Verfassungsbeschwerden für unbegründet, soweit sie die Ablehnung der bedingten Entlassung aus der Strafvollstreckung angegriffen hatten. Nach Ansicht des Zweiten Senats zeigten die beiden Verfassungsbeschwerden mit Vollstreckungszeiten von jeweils mehr als 30 Jahren, dass eine fortbestehende Gefährlichkeit gegebenenfalls zu einem Freiheitsentzug bis zum Lebensende führen könne. *„Die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe über den durch die besondere Schwere der Schuld bedingten Zeitpunkt hinaus aus Gründen der Gefährlichkeit des Straftäters verletzt weder die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) noch das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG).“*⁹⁷ So sei die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe auch unter dem Aspekt der Verfolgung des Sicherungszwecks zum Schutz der Allgemeinheit grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar. Denn es sei *„der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt,*

⁹⁴ M. Anm. Jörg Kinzig, JR 2007, 166-170. Das Bundesverfassungsgericht war mit einem der beiden Beschwerdeführer neben dem bereits referierten Prozesskostenhilfebeschluss schon zuvor befasst gewesen. In der Entscheidung 2 BvR 77/97 vom 22.3.1998 m. Anm. Axel Dessecker, BewHi 1998, 406-417 und Thomas Wolf, NSTZ 1998, 590-591 hatte die Zweite Kammer des Zweiten Senats Fortdauerbeschlüsse des LG Arnsberg und des OLG Hamm wegen Verletzung der Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG aufgehoben. Beanstandet wurde insoweit, dass die Vollstreckungsgerichte ihre Entscheidung „nicht ausreichend mit Tatsachen und nachvollziehbaren Erwägungen belegt“ und sich mit der Tatsache abgefunden hätten, „daß die Vollzugsbehörde zu keiner Zeit dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben hat, sich in Vollzugslockerungen zu bewähren.“

⁹⁵ BVerfGE 117, 71 (73 ff.).

⁹⁶ BVerfGE 117, 71 (77 ff.). Die Biographien zusammenfassend auch Kinzig, JR 2007, 165-169 (166).

⁹⁷ BVerfGE 117, 71 (88 f.).

sich gegen einen gemeingefährlichen Straftäter auch durch einen lang andauernden Freiheitsentzug zu sichern.⁹⁸

Durch die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe über die besondere Schwere der Schuld hinaus werde „*nicht eine schuldunabhängige, vom Erfordernis der Schuldangemessenheit der Strafe nicht mehr gedeckte Strafvollstreckung zugelassen.*“⁹⁹

Wie schon in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1977 wandte sich das Bundesverfassungsgericht daraufhin erneut der Frage möglicher Haftschäden zu. So sei auch die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe jenseits der besonderen Schwere der Schuld nicht wegen möglicher Haftschäden verfassungswidrig. Auch neuere Forschungen, namentlich nannte der Senat die Arbeit Webers, belegten nicht, „*dass irreparable Schäden psychischer oder physischer Art notwendigerweise die Folge eines langen Freiheitsentzuges sind.*“ Gleichwohl hob das Gericht auch hervor, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen auf Grund eines langjährigen Strafvollzuges nicht ausgeschlossen seien, dem aber ein sinnvoller Behandlungsvollzug entgegenzuwirken habe.¹⁰⁰ Wiederum wurde betont, dass „*das Strafvollzugsgesetz keine Sonderregelungen für die zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten im Vergleich zu den zu zeitiger Freiheitsstrafe Verurteilten*“ enthalte.¹⁰¹

Hervorgehoben wurde auch hier, dass die Ablehnung der bedingten Strafrestausssetzung im Falle fortbestehender Gefährlichkeit des Strafgefangenen im Einzelfall zu einem lebenslangen Freiheitsentzug führen könne.¹⁰² Dies verstoße nicht gegen die Wesensgehaltsgarantie, „*solange übergeordnete Schutzinteressen Dritter diesen Eingriff gebieten.*“¹⁰³ Für die insofern erforderliche Prognoseentscheidung machte der Senat im Folgenden einige Vorgaben¹⁰⁴ und entwickelte zudem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfahrensrechtliche Anforderungen.¹⁰⁵ Bemerkenswerterweise zog das Gericht aus dem genannten Prinzip darüber hinaus Konsequenzen für die „*Art und Weise des Vollzuges der Freiheitsentziehung, wenn diese nicht mehr in erster Linie dem Ausgleich zurückliegender Rechtsgutverletzungen, sondern im Wesentlichen der Verhinderung zukünftiger Straftaten dient.*“¹⁰⁶ In diesen Fällen sei zu prüfen, „*ob den besonderen Belastungen, die ein langjähriger Freiheitsentzug mit sich bringt, durch einen privilegierten Vollzug Rechnung getragen werden kann.*“ Durch einen solchen

⁹⁸ BVerfGE 117, 71 (89 f.).

⁹⁹ BVerfGE 117, 71 (90).

¹⁰⁰ BVerfGE 117, 71 (90 f.).

¹⁰¹ BVerfGE 117, 71 (92).

¹⁰² BVerfGE 117, 71 (96).

¹⁰³ BVerfGE 117, 71 (96).

¹⁰⁴ BVerfGE 117, 71 (96 ff.).

¹⁰⁵ BVerfGE 117, 71 (102 ff.).

¹⁰⁶ BVerfGE 117, 71 (109 f.). Unklar bleibt dabei, wie das Gericht zu dem Schluss kommt, dass – die Schuld ist ja schon voll verbüßt – in diesen Fällen der Vollzug (nur) „nicht mehr in erster Linie dem Ausgleich zurückliegender Rechtsverletzungen ... dient.“

privilegierten Vollzug könne auch die Tatsache berücksichtigt werden, „*dass die hiervon Betroffenen wegen ihrer langen Inhaftierung und der Ungewissheit des Entlassungszeitpunktes einem besonderen Leidensdruck ausgesetzt sind.*“¹⁰⁷

§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und den darauf bezogenen Bestimmungen wurde eine hinreichende Bestimmtheit attestiert.¹⁰⁸ Dabei erfordere das Bestimmtheitsgebot „*keine gesetzliche Regelung, die eine absolute Höchstfrist für den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe vorsieht.*“ So lasse sich die von einer Person ausgehende Gefahr nicht abstrakt-generell durch eine zeitliche Höchstgrenze bestimmen. Mit der Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe sei verbunden, „*dass zum Zeitpunkt der Verurteilung nicht von vornherein feststeht, ob und wann der Verurteilte in Freiheit entlassen werden kann.*“¹⁰⁹

c) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 1656/08 vom 15.12.2008¹¹⁰

Auch diese Entscheidung hatte eine Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe jenseits des Endes der Verbüßungsdauer wegen besonderer Schwere der Schuld zum Gegenstand. Der Beschwerdeführer war seit Mitte der 1980er Jahre im Rahmen einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe wegen Mordes und versuchten Mordes inhaftiert. Im Jahr 2001 wurde die Mindestvollstreckungsdauer auf 20 Jahre festgesetzt. Der Beschwerdeführer rügte Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte aus dem Jahr 2007, in denen die Strafrestausssetzung nach § 57a StGB wegen fortbestehender Gefährlichkeit abgelehnt worden war.

Die Erste Kammer des Zweiten Senats gab der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG folgenden Gebots der bestmöglichen Sachaufklärung statt. Gerügt wurde insbesondere, dass den Entscheidungen kein „*wissenschaftlich fundiertes, anstaltsfremdes Gutachten zugrunde gelegt*“ worden sei.

d) Die Entscheidung BVerfG 2 BvR 1758/10 vom 29.11.2011¹¹¹

Hier wurde der Beschwerdeführer, Jahrgang 1940, im Jahr 1967 wegen fünf sachlich zusammenfassender Verbrechen des Mordes, vier davon in Tateinheit mit drei Verbrechen des besonders schweren Raubes, zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt. Daraus wurde im Jahr 1987 eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe gebildet. Die Mindestvollstreckungsdauer von 38 Jahren war im Jahr 2003 erreicht. Mit dem angegriffenen Beschluss aus dem Jahr 2010 hob das Oberlandesgericht Nürnberg den Beschluss der Strafvollstreckungskam-

¹⁰⁷ BVerfGE 117, 71 (110).

¹⁰⁸ BVerfGE 117, 71 (110 ff.).

¹⁰⁹ BVerfGE 117, 71 (113 f.).

¹¹⁰ Zitiert nach Juris, auch abgedruckt in BVerfGK 14, 514-524.

¹¹¹ Zitiert nach Juris, auch unter anderem abgedruckt in BVerfGK 19, 209-226.

mer auf und ordnete an, dass die Vollstreckung des Strafrestes nicht zur Bewährung ausgesetzt wird.

Die Kammer sah den Beschwerdeführer als in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG verletzt an. Denn angesichts einer Haftdauer von mehr als 45 Jahren sei das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Beschwerdeführers so erheblich, „*dass an die Prognoseentscheidung nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB strengste Anforderungen zu stellen sind, denen der angegriffene Beschluss des Oberlandesgerichts nicht mehr gerecht wird.*“ Insbesondere habe das OLG fehlerhaft nicht ein Vorgehen nach § 454a StPO in Erwägung gezogen.

4. Zusammenfassung

Zunächst ist schlicht festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowohl die lebenslange Freiheitsstrafe als auch die Aussetzungsverfahren nach den §§ 57a, b StGB beibehalten werden können.¹¹²

Doch lohnt sich ein näheres Hinsehen. In Bezug auf die durch den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe möglicherweise entstehenden Haftschäden sind die vorsichtigen Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1977 bemerkenswert. Dort wurden immerhin „*in manchen Fällen deformierende Persönlichkeitsveränderungen*“ für möglich gehalten.¹¹³ Knapp 30 Jahre später hat sich im 117. Band an dieser Einschätzung nicht viel geändert. Auch hier wird anerkannt, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen auf Grund eines langjährigen Strafvollzuges nicht ausgeschlossen seien.¹¹⁴ Insoweit richteten sich die Hoffnungen in beiden Entscheidungen auf einen sinnvollen Behandlungsvollzug. Dabei reicht es dem Gericht auf der rein normativen Ebene aus, dass für die lebenslänglichen Gefangenen im Wesentlichen dieselben strafvollzugsrechtlichen Bestimmungen wie für gewöhnliche Strafgefangene gelten. In diesem Zusammenhang wird sogleich zu eruieren sein, ob neuere empirische Daten zu Haftschäden nach langjährigem Freiheitsentzug vorliegen.

Im Jahr 1983 offenbarten sich dann die Schwierigkeiten, mit einer hybriden Sanktion zu Recht zu kommen, die einerseits (noch?) das Etikett einer lebenslangen Freiheitsstrafe trägt, aber andererseits gemäß dem auf den verfassungsrechtlichen Vorgaben beruhenden § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB zu einer regelmäßigen Strafrestausssetzung nach bereits 15 Jahren führt.

¹¹² Siehe insbesondere BVerfGE 45, 187, BVerfGE 86, 288 und BVerfGE 117, 71.

¹¹³ BVerfGE 45, 187 (237).

¹¹⁴ BVerfGE 117, 71 (91).

Von den zwei Komponenten, die eine Weiteervollstreckung über 15 Jahre hinaus tragen können – der besonderen Schwere der Schuld und der anhaltenden Gefährlichkeit –, stand zunächst die Tragfähigkeit der besonderen Schwere der Schuld als Begründung für einen langdauernden Freiheitsentzug im Vordergrund verfassungsrechtlicher Überlegungen. Ganz konkret war in erster Linie die Frage zu beantworten, wie mit NS-Tätern umzugehen ist, die ein hohes Maß an Schuld auf sich geladen hatten, aber häufig schon sehr alt und/oder sehr gebrechlich waren.¹¹⁵ Dass die Forderung nach einer langen Mindestverbüßungsdauer bei einem hohen Maß an Schuld einerseits und die Gewährleistung einer Chance, dass auch diese Personen die Freiheit wiedergewinnen, andererseits, nicht bruchlos miteinander zu vereinbaren sind,¹¹⁶ wurde nur dadurch nicht offenbar, dass soweit ersichtlich nur über Personen zu befinden war, die bereits lange Verbüßungszeiten hinter sich gebracht hatten. Hier gab das Gericht trotz der immer wieder transportierten Auffassung, eine lebenslange Freiheitsstrafe könne auch ein Leben lang vollstreckt werden, deutlich zu verstehen, dass jedenfalls bei einem mittlerweile fast 90-Jährigen trotz einer Verurteilung wegen Mordes in immerhin 54 Fällen der besonderen Schwere der Schuld mit rund 25 Jahren Genüge getan sei.¹¹⁷

Die Entscheidung BVerfGE 86, 288 brachte jenseits der neuen Aufgabenverteilung bei der Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld zwischen Schwurgericht und Strafvollstreckungskammer das interessante Ergebnis, dass ausweislich einer Befragung der Praxis die Judikatur zur Begründung der besonderen Schwere der Schuld übereinstimmend nur die Kriterien der Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale, besondere Begehungsformen, eine Mehrzahl von Opfern sowie tateinheitlich und tateinheitlich abgeurteilte Straftaten berücksichtigt.¹¹⁸ Zudem erkannte das Gericht in dieser Entscheidung ein Bedürfnis des Verurteilten an, möglichst frühzeitig zu erfahren, wie lange die Vollstreckung unter Schuldschweregesichtspunkten fortzusetzen ist.¹¹⁹ Die Ablehnung einer Forderung nach einer Festlegung einer maximalen Verbüßungsdauer wegen besonderer Schwere der Schuld von Verfassungs wegen verband der Zweite Senat immerhin mit einer Beobachtungspflicht des Gesetzgebers.¹²⁰

Erhellend war auch die Umfrage, die das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1994 zur Handhabung der besonderen Schwere der Schuld bei mehreren Mordtaten durchführte.¹²¹ Einerseits wurde darin von einer allgemeinen Übung berichtet, auch bei diesen Personen eine

¹¹⁵ Genannt seien die Entscheidungen BVerfGE 64, 261, BVerfGE 72, 105 sowie BVerfG 2 BvR 869/93 vom 2.3.1994.

¹¹⁶ Vgl. insoweit auch Mahrenholz in BVerfGE 86, 288 (341); vgl. etwa auch Wolfgang Bock/Christoph Mährlein, Die lebenslange Freiheitsstrafe in verfassungsrechtlicher Sicht, ZRP 1997, 376-381 (376).

¹¹⁷ BVerfGE 72, 105.

¹¹⁸ BVerfGE 86, 288 (304 f.).

¹¹⁹ BVerfGE 86, 288 (327).

¹²⁰ BVerfGE 86, 288 (334 f.); wiederholt in BVerfG 2 BvR 1697/93 vom 21.12.1994 sowie in 2 BvR 671/95 vom 22.5.1995.

¹²¹ BVerfG 2 BvR 1697/93 vom 21.12.1994.

Verbüßungsdauer von 25 Jahren nicht zu überschreiten, andererseits wurde aber auch offenbar, dass davon in teilweise erheblichem Maß Ausnahmen gemacht werden. Demgegenüber würden bei einer einzelnen Mordtat 20 Jahre regelmäßig nicht überschritten. Die Bemühungen, auch bei überaus gravierenden Mehrfachmordtaten Gefangenen eine Aussetzung ihrer Freiheitsstrafe zu ermöglichen, sind auch im Fall Pommerenke dokumentiert.¹²² Dies ist zugleich – nach einer internetgestützten Durchsicht der Rechtsprechung der Strafvollstreckungsgerichte – der Fall in der Bundesrepublik mit der soweit ersichtlich bisher höchsten Mindestvollstreckungsdauer (von 42 Jahren).

Zu Beginn des neuen Jahrhunderts fokussierten sich die verfassungsrechtlichen Entscheidungen auf die Zulässigkeit der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe aufgrund vermuteter Gefährlichkeit jenseits der Schuldschwere.¹²³ In diesem Zusammenhang war es wenig überraschend, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2006 zum Ergebnis gelangte, dass eine fortbestehende Gefährlichkeit gegebenenfalls zu einem Freiheitsentzug bis zum Lebensende führen könne.¹²⁴ Dem Problem, dass die lebenslange Freiheitsstrafe in ihrer heutigen Gestalt als einzige Sanktion auch die Gefährlichkeit des Gefangenen berücksichtigt, versuchte das Bundesverfassungsgericht durch die apodiktische, nicht begründete Feststellung zu begegnen, dass durch diese Möglichkeit „*nicht eine schuldunabhängige, vom Erfordernis der Schuldangemessenheit der Strafe nicht mehr gedeckte Strafvollstreckung zugelassen*“ werde.¹²⁵ Die noch in dem Prozesskostenhilfebeschluss zuvor aufgeworfene Frage, ob es sich bei der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe jenseits der Schuldschwere nicht um „*eine Maßregel oder eine andere Maßnahme*“ handle, deren Vollstreckung gegebenenfalls anders auszugestalten sei, wurde nicht mehr diskutiert.¹²⁶ Hingewiesen wurde gleichwohl auf das Prinzip eines privilegierten Vollzugs.¹²⁷ Im Übrigen lässt sich in den Entscheidungen zur Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe (nur noch) aufgrund vermuteter Gefährlichkeit eine Tendenz erkennen, durch verfahrensrechtliche Vorgaben zu einer sorgfältigen Einschätzung der vermuteten Gefährlichkeit zu kommen.¹²⁸

IV. Empirische Befunde

Eine fundierte Beurteilung der Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe beibehalten und gegebenenfalls wie sie in Zukunft ausgestaltet werden soll, macht es erforderlich, die zur

¹²² BVerfG 2 BvR 671/95 vom 22.5.1995.

¹²³ Beginnend mit BVerfG 2 BvR 578/02 vom 1.7.2002.

¹²⁴ BVerfGE 117, 71 (88 f.).

¹²⁵ BVerfGE 117, 71 (90).

¹²⁶ BVerfG 2 BvR 578/02 vom 1.7.2002.

¹²⁷ BVerfGE 117, 71 (109 f.).

¹²⁸ So etwa die Entscheidungen BVerfGE 117, 71, 2 BvR 1656/08 vom 15.12.2008 sowie 2 BvR 1758/10 vom 29.11.2011; vgl. darüber hinaus auch 2 BvR 1009/08 vom 30.4.2009, NJW 2009, 1941.

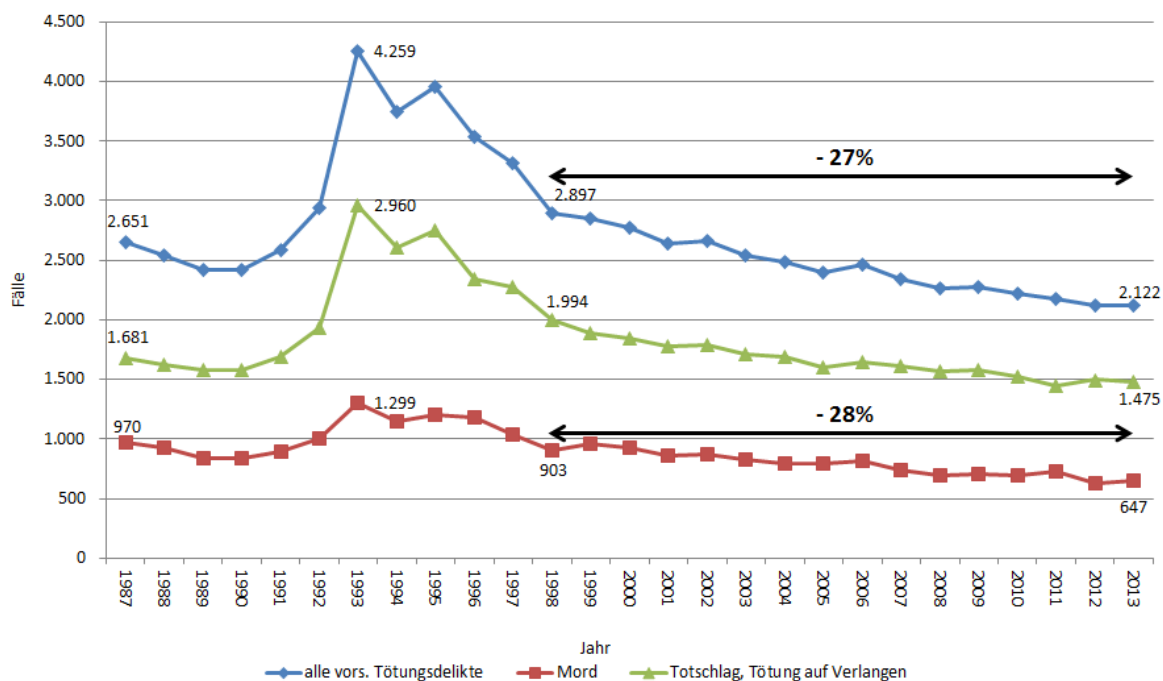
Verhängung und Vollstreckung dieser Sanktion vorhandenen empirischen Befunde heranzuziehen.

Sie ergeben sich im Wesentlichen aus Auswertungen der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS), der Strafverfolgungs- und der Strafvollzugsstatistik, einer Übersicht über die jährlich erhobenen Daten der Kriminologischen Zentralstelle Wiesbaden (KrimZ) zur Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen¹²⁹, den Ergebnissen der so genannten Rückfallstatistik¹³⁰ sowie sonstigen Befunden.

1. Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik

Die Polizeiliche Kriminalstatistik weist in den letzten Jahrzehnten entgegen der öffentlichen und medialen Wahrnehmung einen eindrucksvollen Rückgang der darin wegen Mordes und anderer vorsätzlicher Tötungsdelikte (§§ 212, 213, 216 StGB) registrierten Fälle aus (Schaubild 1).¹³¹

Schaubild 1: Anzahl aller vorsätzlichen Tötungsdelikte (1987-2013)



Quelle: PKS 2013, Zeitreihen - Fälle, 2 ff.;
1987-1990: alte Bundesländer; 1991-1992 alte Bundesländer (mit Gesamtberlin); ab 1993: gesamtes Bundesgebiet

¹²⁹ Zuletzt: Axel Dessecker, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2013, 2014.

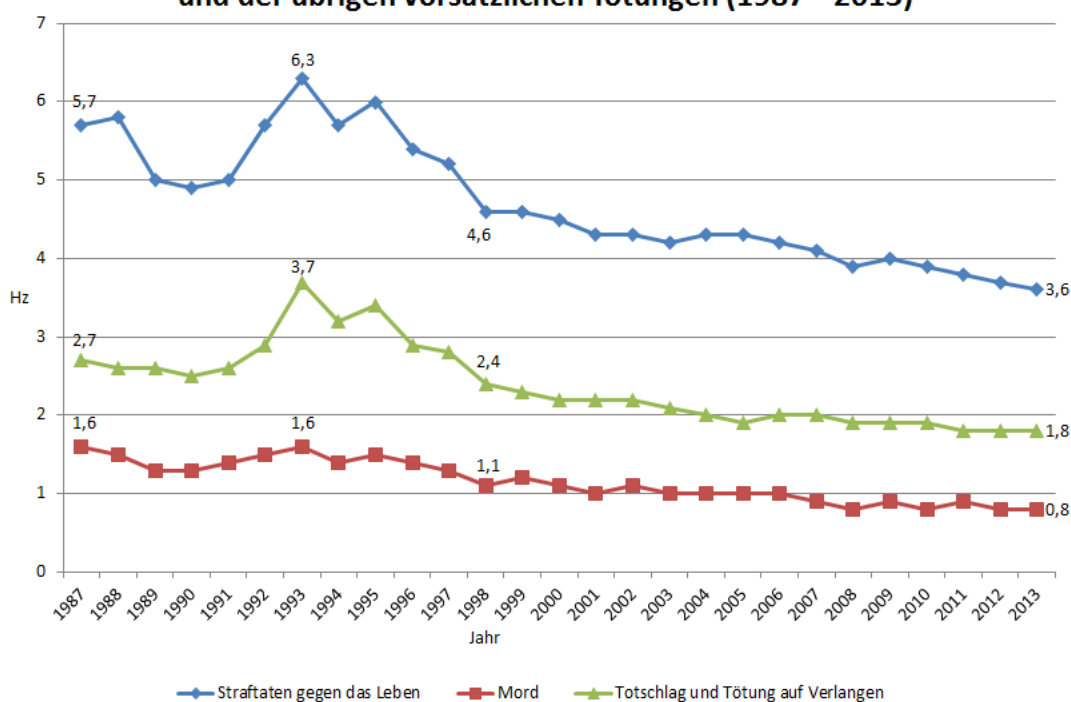
¹³⁰ Zuletzt: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, 2013.

¹³¹ So auch bereits die Befunde des Zweiten Periodischen Sicherheitsberichts (vgl. BMI/BMJ, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2003, S. 59, 74, 77 ff.) sowie selbige von Christian Laue, Die Entwicklung der Tötungsdelikte in Deutschland, FPPK 2008, 76-84.

Allein in den letzten 15 Jahren, also seit dem Jahr 1998, hat sich die Gesamtzahl der vorsätzlichen Tötungsdelikte um rund 27% (von 2.897 (1998) auf 2.122 (2013)) verringert. Dabei fiel die Abnahme der Zahl der Fälle des Mordes mit 28% (von 903 (1998) auf 647 (2013)) sogar noch etwas stärker aus als der Rückgang von Totschlag und Tötung auf Verlangen, der 26% (von 1.994 (1998) auf 1.475 (2013)) betrug.

Entsprechend gingen auch die Häufigkeitszahlen, also die Fälle pro 100.000 Einwohner, zurück (Schaubild 2): bei den Straftaten gegen das Leben insgesamt von 4,6 (1998) auf 3,6 (2013), beim Mord von 1,1 (1998) auf 0,8 (2013) sowie bei den übrigen vorsätzlichen Tötungen (Totschlag und Tötung auf Verlangen) von 2,4 (1998) auf 1,8 (2013).

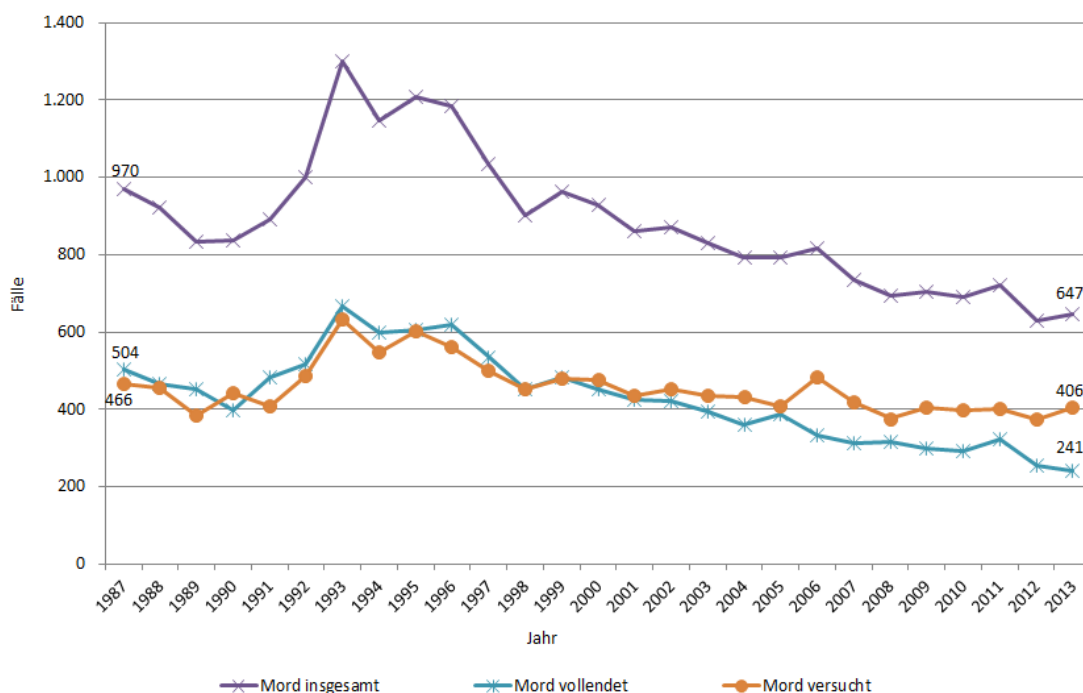
Schaubild 2: Häufigkeitszahl der Straftaten gegen das Leben, des Mordes und der übrigen vorsätzlichen Tötungen (1987 – 2013)



Quelle: PKS 2013, Zeitreihen - Fälle, 2 ff.

Verstärkend kommt dazu, dass sich in den letzten 15 Jahren ausweislich der PKS die vorsätzlichen Tötungsdelikte nicht nur quantitativ verringert haben, sondern innerhalb dieser Delikte zusätzlich eine Verschiebung von vollendeten zu versuchten Straftaten zu verzeichnen ist: bei den Straftaten gegen das Leben insgesamt stieg der Anteil der Versuchskonstellationen von 51,8% (1998) auf 54,9% (2013), beim Mord von 49,9% (1998) auf immerhin 62,8% (2013) und bei den übrigen vorsätzlichen Tötungen von 73,8% (1998) auf 80,3% (2013). An absoluten Zahlen gemessen, standen zuletzt (2013) in der PKS den 241 registrierten Fällen vollendeten Mordes immerhin 406 Versuchsstraftaten gegenüber (Schaubild 3).

Schaubild 3: Anzahl der Fälle von versuchtem und vollendetem Mord (1987-2013)



Quelle: PKS 2013, Zeitreihen - Fälle, 2 ff.

Speziell für Mord sank auch die Zahl der Tatverdächtigen, von 1.108 (1998) auf zuletzt 784 (2013), was einen Rückgang von immerhin fast 30% (29,2%) bedeutet. Die Aufklärungsquote lag in den letzten Jahren beinahe durchweg über 95% (zuletzt 2013: 96,3%). Der Anteil nichtdeutscher Tatverdächtiger beträgt in der Regel um die 30% (zuletzt 2013: 30,7%).

Von den Tatverdächtigen waren im Jahr 2013 sowohl bei Mord als auch bei Totschlag und Tötung auf Verlangen 88,0% männlichen Geschlechts. Der Anteil der erwachsenen Tatverdächtigen betrug bei der ersten Deliktsgruppe 88,4%, bei der zweiten 83,5%.¹³²

Opfer von beiden Deliktsgruppen sind überwiegend Männer (beim Mord zu 59,1%; bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten sogar zu 72,0%). Die Opfer befinden sich in der Regel im Altersbereich zwischen 21 und 60 Jahren (beim Mord zu 71,0%, sonst zu 74,6%).¹³³

2. Aus der Strafverfolgungsstatistik

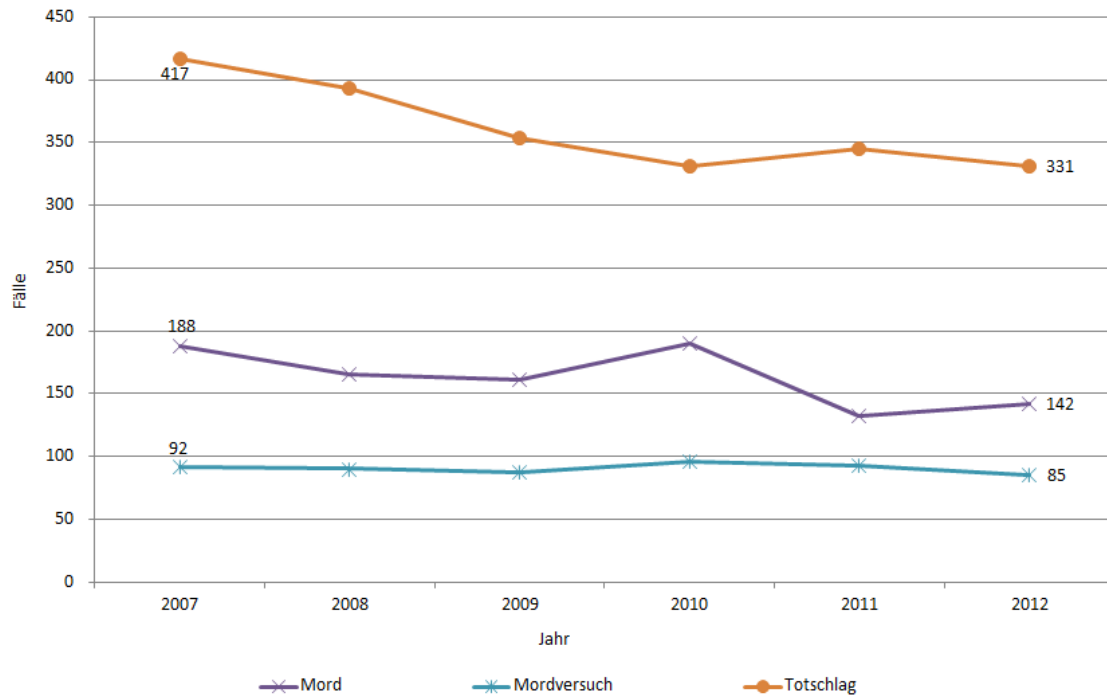
Begibt man sich auf die Ebene der Strafverfolgungsstatistik und betrachtet die seit dem Jahr 2007 deutschlandweit wegen Mordes, Mordversuchs und Totschlags jährlich Verurteilten, zeichnet sich auch hier ein deutlicher Rückgang ab. Wurden wegen dieser drei Delikte im

¹³² PKS 2013, S. 127.

¹³³ PKS 2013, S. 129.

Jahr 2007 noch 697 Personen verurteilt, waren es im Jahr 2012 nur noch 558, was einen Rückgang von fast 20% (19,9%; bei Mord sogar um knapp 25%) bedeutet (Schaubild 4).

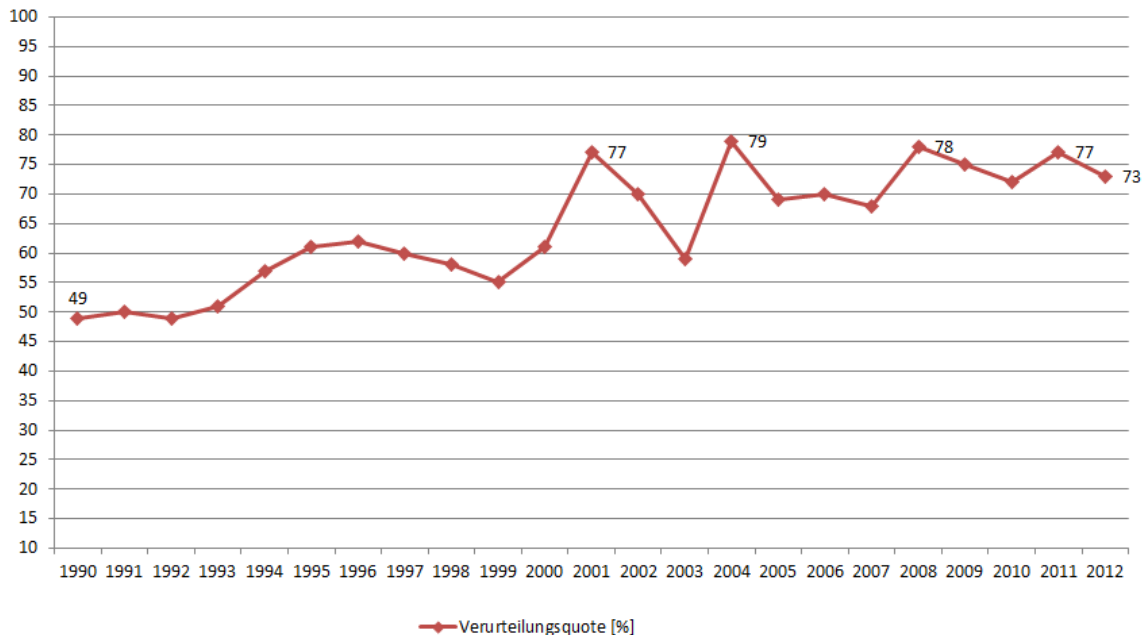
Schaubild 4: Wegen Mord, Mordversuchs und Totschlags Verurteilte (2007-2012)



Quelle: Statistisches Bundesamt, Lange Reihen zur Strafverfolgungsstatistik

Seit Anfang der 2000er Jahre deutlich angestiegen ist die Quote derjenigen Personen, die für eine Verurteilung wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht – so wie es § 211 Abs. 1 StGB prinzipiell obligatorisch vorsieht – tatsächlich eine lebenslange Freiheitsstrafe erhalten (Schaubild 5).

**Schaubild 5: Verurteilungsquote wegen Mordes (ohne Versuch)
[in %] zu lebenslanger Freiheitsstrafe**



Quelle: für 1990 bis 2009: Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 75;
Zahlen ab 2010: Statistisches Bundesamt Fachserie 10 Reihe 3 Rechtspflege Strafverfolgung 2010, S. 154 f., 2011, S. 160 f., 2012, S. 158 f. (jeweils eigene Berechnung).

Wurden noch Anfang der 1990er Jahre nur rund 50% der wegen vollendeten Mordes Verurteilten mit der Höchststrafe belegt, so hat sich die Quote in den letzten Jahren zwischen rund 70% und 80% eingependelt. Dieser Anstieg lässt die These einer „härteren Gangart“ der Justiz in diesen Fällen als plausibel erscheinen.¹³⁴ Von den zuletzt im Jahr 2012 nach allgemeinem Strafrecht wegen vollendeten Mordes 128 Verurteilten, erhielten 93 (72,7%) eine lebenslange Freiheitsstrafe, 16 (12,5%) eine solche von mehr als zehn bis zu 15 Jahren, 18 (14,1%) eine von mehr als fünf bis zehn und einer (0,8%) eine von mehr als zwei bis zu drei Jahren.¹³⁵ Von diesen 128 Verurteilten waren 126 (98,4%) Männer.¹³⁶ In 27 Fällen bekamen wegen Mordes Abgeurteilte anstelle oder zusätzlich zur Freiheitsstrafe stationäre Maßregeln der Besserung und Sicherung auferlegt, darunter 14-mal eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, siebenmal eine in der Entziehungsanstalt und sechsmal eine solche in der Sicherungsverwahrung.¹³⁷

Von den 128 wegen Mordes Verurteilten lagen für das Jahr 2012 bei 120 Personen Angaben über frühere Strafen oder Maßnahmen wegen Verbrechen oder Vergehen vor. Nur 55 der

¹³⁴ So bereits H.-M. Weber, 1999, S. 49; ihm folgend Kett-Straub, 2011, S. 75.

¹³⁵ Strafverfolgungsstatistik 2012, S. 158 f.

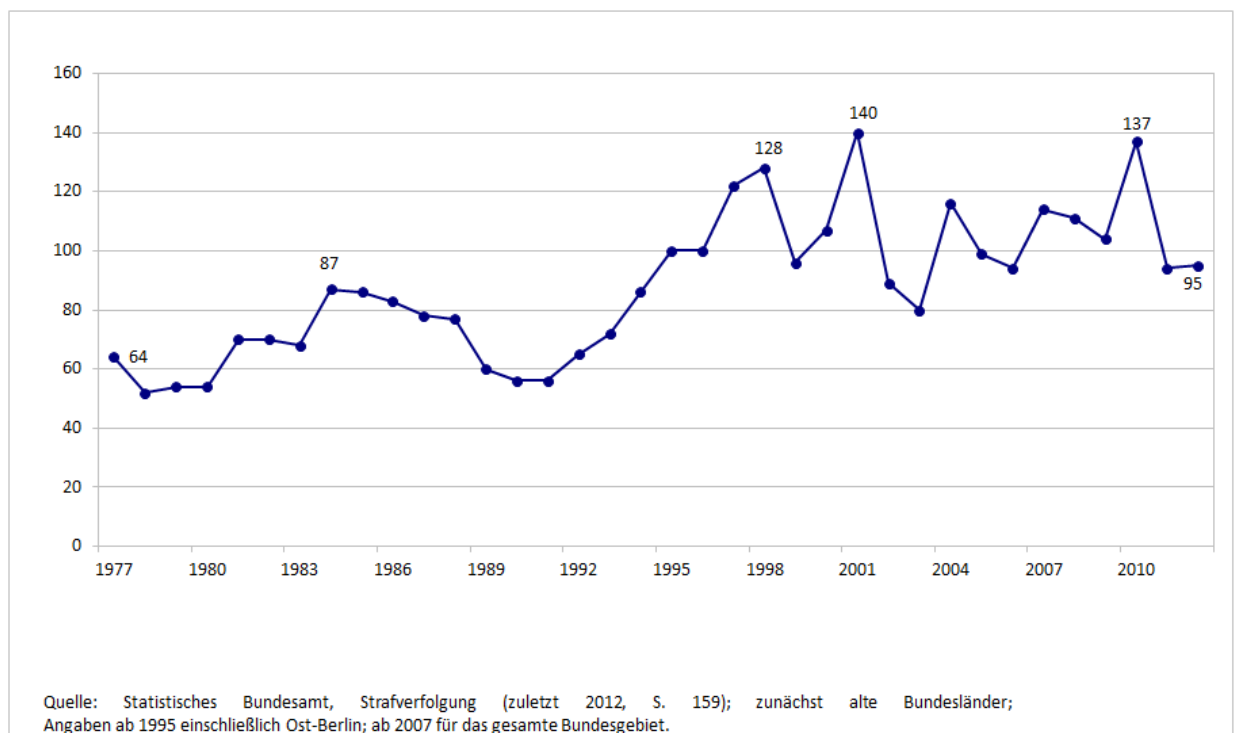
¹³⁶ Strafverfolgungsstatistik 2012, S. 56.

¹³⁷ Strafverfolgungsstatistik 2012, S. 336 f.

120 (45,8%) wiesen eine frühere Verurteilung auf, ein vergleichsweise geringer Wert. Bei 27 der 55 waren fünf und mehr frühere Verurteilungen zu verzeichnen. 33 wurden bereits zu Freiheitsstrafe vorverurteilt.¹³⁸ Von den wegen vollendeten Mordes im Jahr 2012 insgesamt verurteilten 142 Personen¹³⁹ waren 108 Personen Deutsche (76,1%). Damit ist der Anteil der Deutschen fast exakt genauso hoch wie der bei allen Straftaten mit Ausnahme der Straßenverkehrsdelikte (dort 76,0%).¹⁴⁰

Wechseln wir die Betrachtungsweise vom Anlassdelikt zur Sanktion lebenslange Freiheitsstrafe. Die jährlichen Verurteilungen zu dieser schärfsten Strafe des Rechts schwanken seit Einführung der Strafverfolgungsstatistik für das gesamte Deutschland im Jahr 2007 zwischen 94 (2011) und 114 (2007) mit einem Ausreißer im Jahr 2010 mit 137 (Schaubild 6).

Schaubild 6: Jährliche Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe (1987-2012)



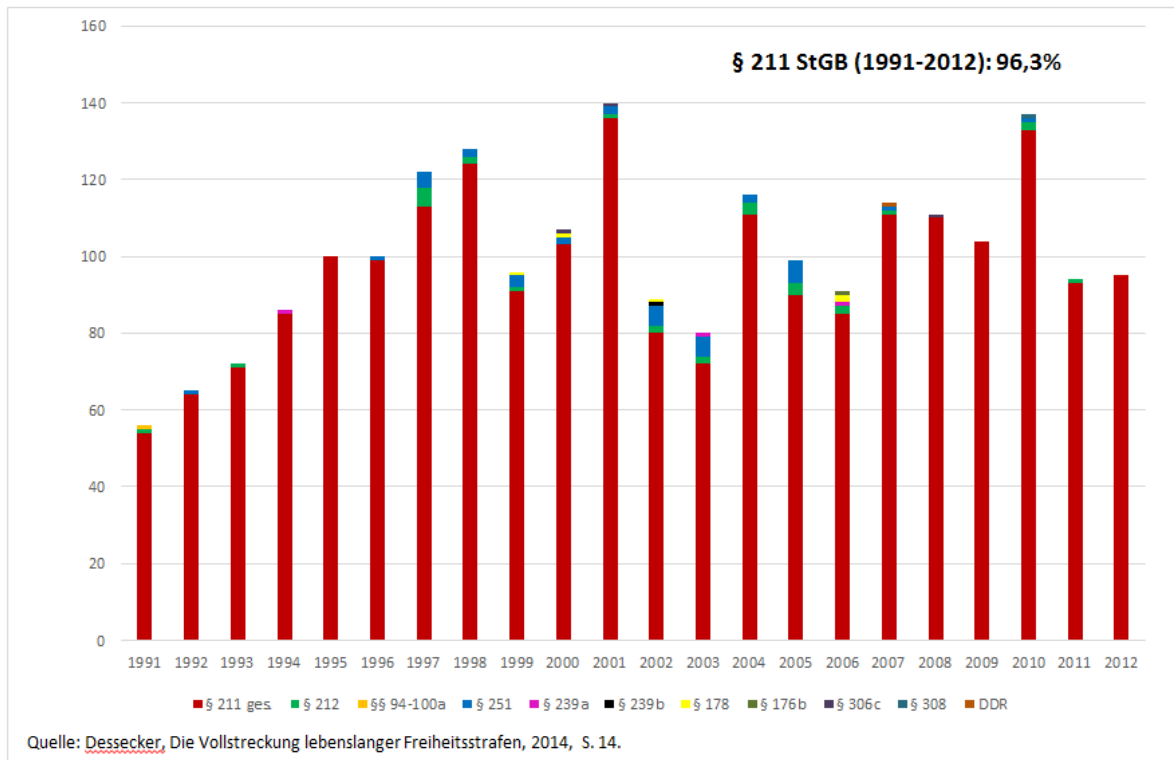
Wird lebenslange Freiheitsstrafe verhängt, geschieht das in einem hohen Prozentsatz nur bei einer Verurteilung wegen Mordes (Schaubild 7).

¹³⁸ Strafverfolgungsstatistik 2012, S. 424 f.

¹³⁹ Hier sind auch die Heranwachsenden und Jugendlichen einbezogen.

¹⁴⁰ Strafverfolgungsstatistik 2012, S. 482 f.

Schaubild 7: Verteilung der Delikte bei Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe (1991-2012)



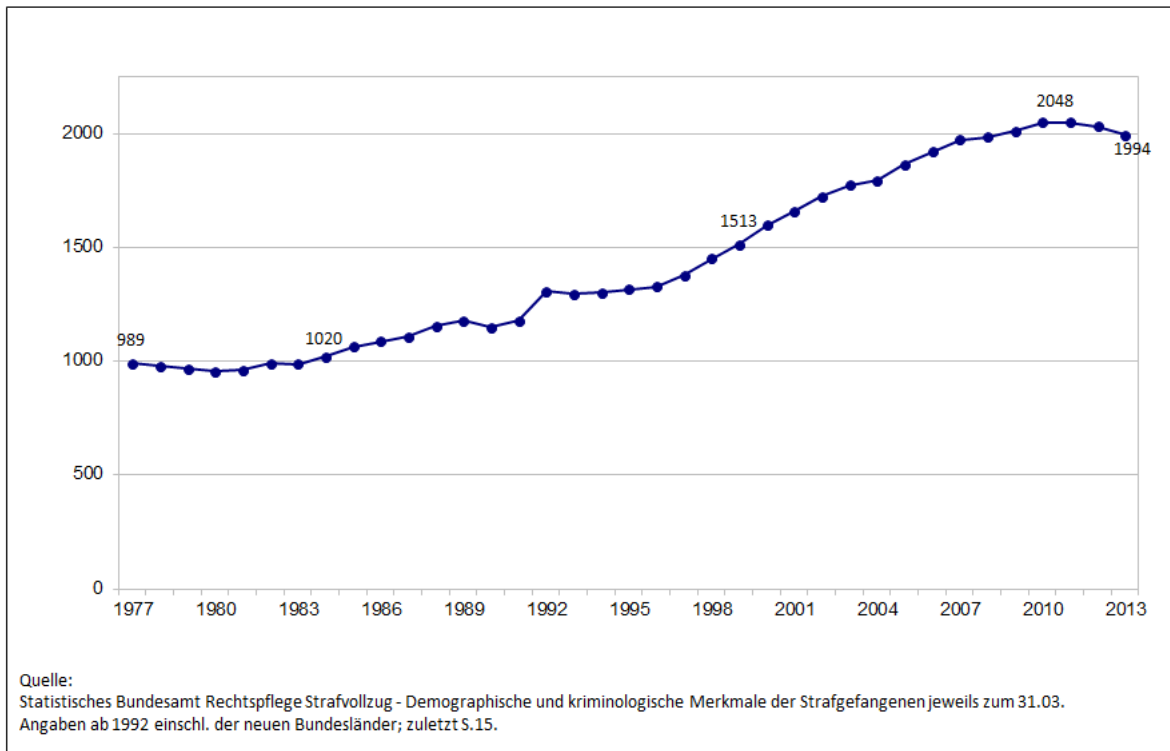
Den insgesamt 2.205 Verurteilungen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe in den Jahren zwischen 1991 und 2012 lag bei 2.124 Personen, und damit bei 96,3%, eine Straftat nach § 211 StGB zu Grunde.¹⁴¹ Bei den übrigen 81 Verurteilten, die ebenfalls eine lebenslange Freiheitsstrafe erhielten, dominierte in erster Linie der Tatbestand des Raubes mit Todesfolge (§ 251 StGB) mit 38 Fällen vor dem Totschlag (§ 212 Abs. 2 StGB) mit 27 Fällen. In den letzten Jahren wurde die lebenslange Freiheitsstrafe fast ausschließlich nur noch wegen Mordes angeordnet.

3. Aus der Strafvollzugsstatistik

Die Zahl der in lebenslanger Freiheitsstrafe einsitzenden Gefangenen ist seit Mitte der 1980er Jahre fast durchweg und beinahe dramatisch angestiegen (Schaubild 8).

¹⁴¹ Dessecker, 2014, Tabelle 1, S. 14 aufgrund einer Auswertung der Daten der Strafverfolgungsstatistik.

Schaubild 8: In lebenslanger Freiheitsstrafe einsitzende Gefangene (1977-2013)

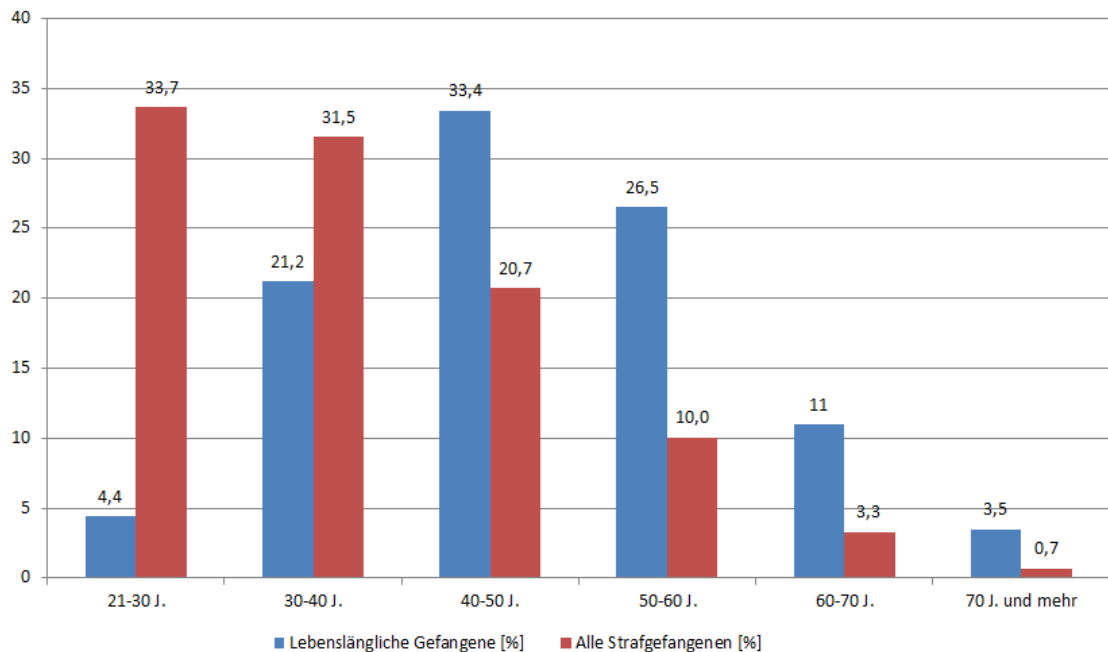


Im Jahr 1984 (1.020 Gefangene) wurde die 1.000er Barriere durchbrochen, fünfzehn Jahre später (1999) waren es schon über 1.500 Gefangene (1.513). Nach einem Höchststand in den Jahren 2010 und 2011 mit je 2.048 Gefangenen hat der Bestand zuletzt (2013) auf 1.994 Gefangene etwas abgenommen. Darunter befanden sich 110 Frauen (5,5%).¹⁴²

Vergleicht man die Altersstruktur der lebenslänglichen mit der aller Strafgefangenen, zeigt sich, dass wir es bei den lebenslang Einsitzenden mit relativ alten Personen zu tun haben (Schaubild 9).

¹⁴² Rechtspflege. Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3. – 2013, Wiesbaden 2014, S. 11.

Schaubild 9: Altersstruktur der lebenslänglich Strafgefangenen im Vergleich zu allen Strafgefangenen im Jahr 2012 (in %)



Quelle: Statistisches Bundesamt Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.03.2013, Fachserie 10 Reihe 4.1 2013, S. 14 ff.

Insgesamt haben über 40% unter ihnen bereits das 50. Lebensjahr erreicht. Aufgegliedert nach Altersgruppen, sind 26,5% von 50 bis unter 60 Jahre, 11,0% von 60 bis unter 70 Jahre und immerhin 69 Gefangene (3,5%) bereits 70 Jahre oder älter.¹⁴³

Bei Betrachtung der Altersstruktur der Lebenslänglichen in den Jahren 1993, 2003 und 2013 (Tabelle 4) lässt sich außerdem eine deutliche Zunahme älterer lebenslänglich Gefangener ersehen. So hat sich die absolute Zahl der Lebenslänglichen in der Altersgruppe von 50 bis zu 60 Jahren zwischen den Jahren 1993 und 2013 weit mehr als verdoppelt (von 210 auf 530), die Altersgruppe zwischen 60 bis zu 70 Jahren sogar mehr als vervierfacht (von 46 auf 219), ein Befund, der annähernd auch für die Gruppe der ältesten Gefangenen ab 70 Jahren gilt (Anstieg von 18 auf 69). Dabei kann begründet vermutet werden, dass diese Entwicklung jedenfalls auch auf eine gestiegene Verweildauer in lebenslanger Freiheitsstrafe zurückzuführen ist.

¹⁴³ Vgl. dazu auch eine Stichtagserhebung der KrimZ (Axel Dessecker, Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung: Dauer und Gründe der Beendigung in den Jahren 2011 und 2012 mit einer Stichtagserhebung zur lebenslangen Freiheitsstrafe, Wiesbaden 2013, S. 31). Zum noch höheren Alter bei Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe vgl. Dessecker, 2014, S. 12 f., 39.

Tabelle 4: Altersstruktur der lebenslänglichen Strafgefangenen¹⁴⁴

Alter	Lebenslängliche Gefangene 1993	Lebenslängliche Gefangene 2003	Lebenslängliche Gefangene 2013
21-30 Jahre	137 (10,6%)	150 (8,5%)	87 (4,4%)
30-40 Jahre	507 (39,2%)	646 (36,4%)	423 (21,2%)
40-50 Jahre	376 (29,1%)	567 (32,0%)	666 (33,4%)
50-60 Jahre	210 (16,2%)	278 (15,7%)	530 (26,6%)
60-70 Jahre	46 (3,6%)	115 (6,5%)	219 (11,0%)
70 Jahre und mehr	18 (1,4%)	18 (1,0%)	69 (3,5%)
Gesamt	1.294	1.774	1.994

4. Aus den Daten der Kriminologischen Zentralstelle Wiesbaden

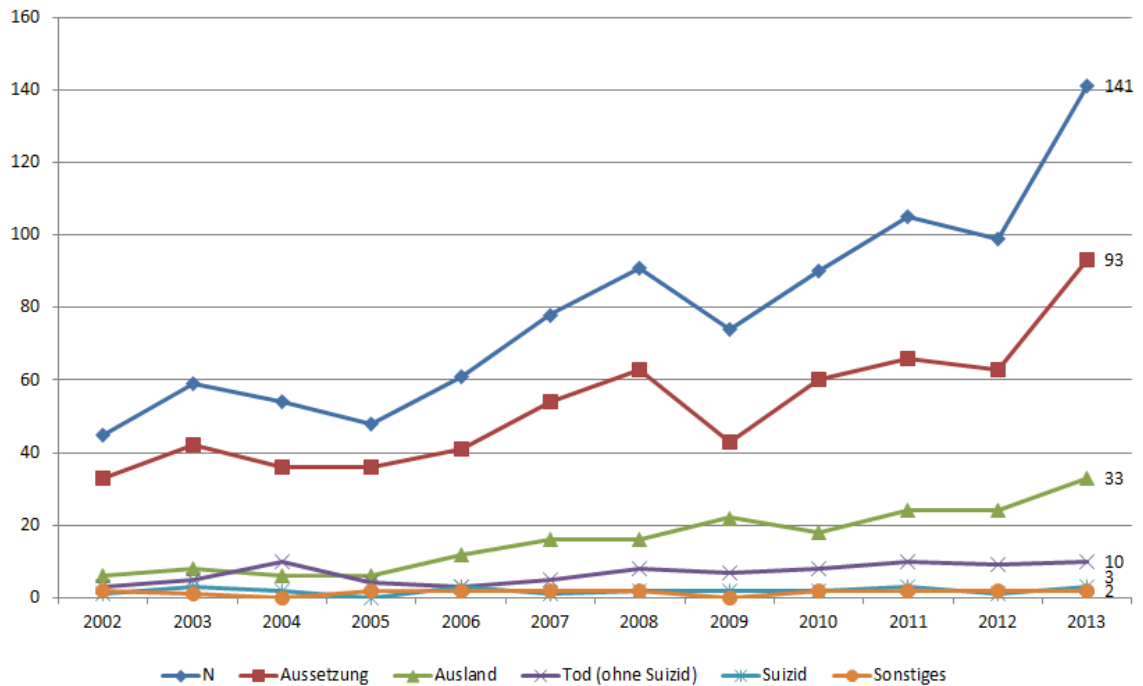
Die KrimZ erhebt seit dem Jahr 2002, wenn möglich für alle Bundesländer, jährlich diejenigen Personen, bei denen die lebenslange Freiheitsstrafe beendet wurde.¹⁴⁵

Dabei werden jedes Jahr die Gründe für die Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe registriert, wobei zwischen Strafrestaussetzungen nach § 57a StGB und weiteren Beendigungsgründen unterschieden wird (Schaubild 10).

¹⁴⁴ Quelle: Strafvollzug – Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3., 1993, S. 36 f., 2003, S. 10 f., 2013, S. 14 f. (jeweils eigene Berechnung).

¹⁴⁵ Dessecker, 2014, S. 7 ff. auch zu methodischen Fragen; vgl. auch ders., Wie lange dauern lebenslange Freiheitsstrafen? MschrKrim 95 (2012), 81-92. Eine Zusammenfassung wichtiger Ergebnisse der Erhebung der KrimZ findet sich auch bei Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 98 f.

Schaubild 10: Gründe der Beendigung lebenslanger Freiheitsstrafe in den Jahren 2002-2013



Quelle: [Dessecker, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen, 2014, S. 22.](#)

Zuletzt wurden für das Jahr 2013 141 solcher Beendigungen gemeldet, die höchste Zahl seit Einrichtung der Statistik im Jahr 2002. Der Hauptanteil (93) davon entfiel auf Entlassungen nach § 57a StGB. 33 hatten ausländerrechtliche Ausweisungen oder Überstellungen zum Gegenstand. Immerhin 13 lebenslängliche Freiheitsstrafen wurden durch den Tod beendet, darunter drei durch einen Suizid.¹⁴⁶ Dazu kommen zwei sonstige Beendigungen.

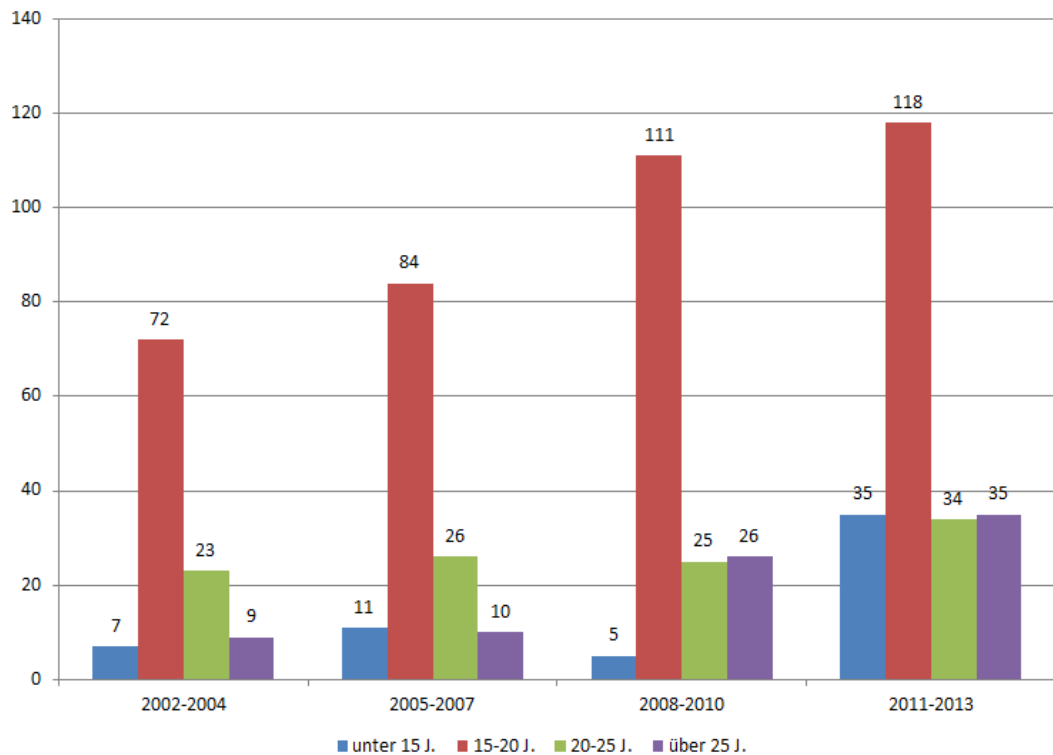
Konzentriert man sich auf die nach § 57a StGB entlassenen Strafgefangenen, bewegte sich der Median der Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe in den Jahren 2002 und 2013 zwischen 19,00 Jahren (2005) und 15,59 Jahren (2012) bei zuletzt (2013) 16,67 Jahren.¹⁴⁷ Fasst man jeweils drei Jahrgänge zusammen, zeigt sich, dass Gefangene mit kurzen Verbüßungszeiten von bis zu 15 Jahren¹⁴⁸ solche mit langen von 20 bis zu 25 und sogar über 25 Jahren gegenüberstehen (Schaubild 11).

¹⁴⁶ Zur Frage des Versterbens im oder kurz nach dem Vollzug vgl. auch Dessecker, 2014, S. 23 f.

¹⁴⁷ Vgl. auch Dessecker, 2014, S. 21 ff. Dass eine Schätzung der zu erwartenden Vollzugsdauer aufgrund des Quotienten Stichtagspopulation zu Zahl der Beendigungen pro Jahr zu sehr viel höheren Ergebnissen führt, zeigt Dessecker MschrKrim 95 (2012), 88 ff.

¹⁴⁸ Als Grund für Verbüßungszeiten unter 15 Jahren wird vor allem angegeben, dass damit strafvollzugsrechtlich Arbeit und Ausbildung durch eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes honoriert worden seien (vgl. Dessecker, 2014, S. 20).

Schaubild 11: Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe der nach § 57a StGB entlassenen Lebenslänglichen von 2002-2013



Quelle: [Dessecker 2014](#), Tabelle A 6 (eigene Berechnungen)

Extrem lange Verbüßungsdauern (im Jahr 2013 von maximal fast 49 Jahren) sind auch dafür verantwortlich, dass das arithmetische Mittel der Verbüßungsdauer zuletzt bei 20,3 Jahren lag.¹⁴⁹

Analysiert man die Entlassungsquote, d.h. den Anteil der entlassenen zu den am 31.3. jeweils einsitzenden Lebenslänglichen pro Bundesland (Tabelle 5), zeigen sich regionale Unterschiede. Gemessen am Bundesdurchschnitt scheinen Lebenslängliche in Baden-Württemberg (5,3%: 3,7%), in Berlin (5,9%) sowie Sachsen (5,1%) vergleichsweise früh, in Hessen (2,8%), vor allem aber auch in Nordrhein-Westfalen (2,5%), eher spät entlassen zu werden.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Dessecker, 2014, S. 42 f.

¹⁵⁰ Auch Dessecker, 2014, S. 15 spricht von großen regionalen Unterschieden; vgl. auch S. 48. Die überwiegend niedrigen Werte der neuen Bundesländer können darauf zurückzuführen sein, dass sie noch wenige Gefangene haben, die für eine Strafrechtsaussetzung nach 15 Jahren in Betracht kommen.

Tabelle 5: Entlassungsquote, d.h. Anteil der entlassenen zu den am 31.3. jeweils einsitzenden Lebenslänglichen pro Bundesland¹⁵¹

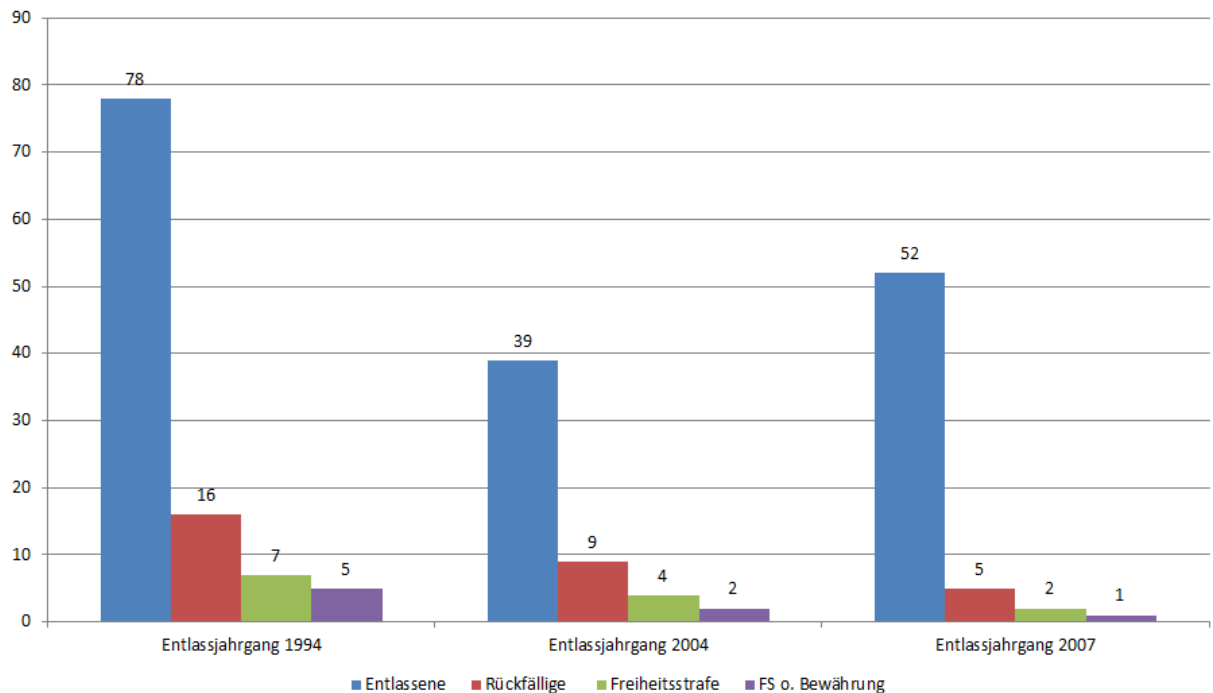
	2011	2012	2013	Gesamt
Baden-Württ.	12/259 (4,6%)	10/252 (4,0%)	18/238 (7,6%)	40/749 (5,3%)
Bayern	6/279 (2,2%)	8/274 (2,9%)	11/263 (4,2%)	25/816 (3,1%)
Berlin	7/116 (6,0%)	5/114 (4,4%)	8/111 (7,2%)	20/341 (5,9%)
Brandenburg	3/72 (4,2%)	3/71 (4,2%)	3/69 (4,3%)	9/212 (4,2%)
Bremen	0/0 (0,0%)	0/1 (0,0%)	0/7 (0,0%)	0/8 (0,0%)
Hamburg	1/60 (1,7%)	3/57 (5,3%)	6/59 (10,2%)	10/176 (5,7%)
Hessen	7/194 (3,6%)	4/195 (2,1%)	5/190 (2,6%)	16/579 (2,8%)
Meckl.-Vorp.	0/34 (0,0%)	2/34 (5,9%)	0/33 (0,0%)	2/101 (2,0%)
Niedersachsen	7/210 (3,3%)	3/205 (1,5%)	9/198 (4,5%)	19/613 (3,1%)
Nordrh.-Westf.	7/457 (1,5%)	12/452 (2,7%)	15/457 (3,3%)	34/1366 (2,5%)
Rheinl.-Pfalz	4/117 (3,4%)	2/116 (1,7%)	7/118 (5,9%)	13/351 (3,7%)
Saarland	1/30 (3,3%)	2/31 (6,5%)	1/32 (3,1%)	4/93 (4,3%)
Sachsen	4/91 (4,4%)	4/93 (4,3%)	6/90 (6,7%)	14/274 (5,1%)
Sachsen-Anhalt	0/61 (0,0%)	3/62 (4,8%)	4/58 (6,9%)	7/181 (3,9%)
Schl.-Holstein	5/23 (21,7%)	1/36 (2,8%)	0/35 (0,0%)	6/94 (6,4%)
Thüringen	2/35 (5,7%)	1/38 (2,6%)	0/36 (0,0%)	3/109 (2,8%)
Gesamt	66/2048 (3,2%)	63/2031 (3,1%)	93/1994 (4,7%)	222/6073 (3,7%)

¹⁵¹ Dessecker, zuletzt 2014, S. 41.

5. Aus der so genannten Rückfallstatistik

In begrenztem Umfang geben die so genannten Rückfallstatistiken Auskunft über die Legalbewährung nach Entlassung aus lebenslanger Freiheitsstrafe (Schaubild 12).

Schaubild 12: Rückfälligkeit nach Entlassung aus lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 57a StGB (Entlassjahrgänge 1994, 2004 und 2007)



Quelle: BMJ 2003, S. 124, 2010, S. 182 und 2013, S. 57.

In der ersten, im Jahr 2003 veröffentlichten Rückfallstatistik wurden 78 im Jahr 1994 aus lebenslanger Freiheitsstrafe Entlassene über einen Zeitraum von vier Jahren registerrechtlich nachverfolgt.¹⁵² Nur 16 unter ihnen (20,5%) wiesen eine Folgeentscheidung auf. Die Mehrheit davon (neun) bekam eine Geldstrafe, die sieben anderen erhielten eine Freiheitsstrafe, die in fünf Fällen nicht zur Bewährung ausgesetzt werden konnte. Lediglich eine Person wurde mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren Länge sanktioniert.

Ähnlich fallen die Ergebnisse der zweiten Rückfallstatistik aus.¹⁵³ Hier wurde für den Entlassungsjahrgang 2004 ein dreijähriger Risikozeitraum überprüft. Von 39 aus lebenslanger Freiheitsstrafe Entlassenen wurden hier neun Personen wieder eingetragen (23,1%). Wiederrum erhielt die Mehrheit (fünf) davon eine Geldstrafe, die anderen vier bekamen eine Frei-

¹⁵² Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik, 2003, S. 124.

¹⁵³ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007, 2010, S. 182.

heitsstrafe, zwei von ihnen eine solche über zwei bis zu fünf Jahren und damit ohne Bewährung.

Im Jahr 2007 wiederum wurden 52 Personen aus lebenslanger Freiheitsstrafe entlassen. Bei einem Rückfallzeitraum von drei Jahren ergaben sich nur für fünf Verurteilte (9,4%) neue Eintragungen.¹⁵⁴ Drei davon erhielten eine Geld- und zwei eine Freiheitsstrafe, davon eine Person eine solche ohne Bewährung von mehr als fünf Jahren Dauer.

Schließlich wurde für den Entlassungsjahrgang 2004 noch ein (längerer) Rückfallzeitraum von sechs Jahren untersucht.¹⁵⁵ Auch dann liegt die allgemeine Rückfallrate noch deutlich unter 40% und damit unter dem Wert der Rückfallrate bei Geldstrafen.

6. Sonstige empirische Befunde

Ganz im Gegensatz zu den 1970er und zu den 1980er Jahren existieren in Deutschland keine neueren Untersuchungen zu den in lebenslanger Freiheitsstrafe einsitzenden Gefangenen, insbesondere nicht zur Frage möglicher Haftschäden.¹⁵⁶

Der vom Bundesverfassungsgericht vor allem in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1977 postulierten Beobachtungspflicht ist der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten in keiner Weise nachgekommen. Für mögliche, durch den Vollzug lebenslanger Freiheitsstrafe entstehende Schäden scheint er sich schlicht nicht zu interessieren.¹⁵⁷

Deswegen ist es umso erstaunlicher, wie das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2006 behaupten konnte, dass langfristiger Freiheitsentzug keine die Menschenwürde tangierenden Veränderungen verursache.¹⁵⁸ Dabei irritiert es besonders, dass es zur Begründung die Untersuchung von Hartmut-Michael Weber herangezogen hat, der gerade der gegenteiligen Auffassung ist.¹⁵⁹

Auch im internationalen Schrifttum finden sich zur Beantwortung der Frage möglicher Haftschäden bei lebenslanger Freiheitsstrafe nur wenige und dann sich teilweise widersprechen-

¹⁵⁴ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, 2013, S. 57.

¹⁵⁵ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, 2013, S. 179.

¹⁵⁶ Vgl. auch Dessecker, 2014, S. 24. Die letzte größere empirische Untersuchung stammt von Klaus Laubenthal, Lebenslange Freiheitsstrafe. Vollzug und Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, 1987.

¹⁵⁷ So das zutreffende Fazit von Kett-Straub, 2011, S. 341; vgl. auch Bock/Mährlein, ZRP 1997, 379 f.

¹⁵⁸ Vgl. Thomas Hillenkamp, Zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, in: Henning Ernst Müller/Günther M. Sander/ Helene Válková, Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 301-320 (316).

¹⁵⁹ H.-M. Weber, 1999, S. 105 meint, der Erste Senat hätte im Jahr 1977 zu dem Schluss kommen müssen, „daß der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Regel zu zumindest schweren, wenn nicht gar irreparablen Schäden am Menschen in seiner Eigenart als personales und soziales Wesen führt, also zu Verletzungen der Würde des Menschen, deren alleiniges Antasten schon dem Staat untersagt ist.“

de Erkenntnisse.¹⁶⁰ Dabei ist weiter einschränkend zu berücksichtigen, dass sich in den einzelnen Staaten nicht nur die Vollzugsbedingungen, sondern auch die Konditionen, nach denen eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann, deutlich unterscheiden.

Dennoch ist darauf aufmerksam zu machen, dass mit Sonja Snacken und Dirk van Zyl Smit zwei ausgewiesene internationale Experten für den Bereich längerer Freiheitsstrafen zu dem Ergebnis kommen *„dass der Langstrafenvollzug zu einem verringerten Selbstwertgefühl ..., einer Verlangsamung der Reaktionszeit ..., einer Zunahme von Autoaggression und nach außen gerichteter Feindseligkeit ... und zu einem Interessenverlust im Hinblick auf Arbeit, Außenbeziehungen und Zukunft ... führt. Es zeigte sich, dass Bewältigungsmechanismen wie Prisonisierung und Institutionalisierung mit der Dauer der Gefangenschaft zunahmten ... Bei Gefangenen mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe wurden besondere Probleme beschrieben, die mit der Unbestimmtheit der Strafdauer und der Ungewissheit einer vorzeitigen Entlassung zusammenhängen.“*¹⁶¹

7. Zusammenfassung

Überlegungen zur Abschaffung oder auch zur Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe erfahren durch die Entwicklung der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere durch die des Mordes, nach der PKS eine gewisse Rückendeckung. Auch unter dem Vorbehalt, dass in diese Statistik nur das Hellfeld eingeht, ist sowohl der in den letzten 15 Jahren zu verzeichnende Rückgang der absoluten Zahl der Fälle, der Tatverdächtigen als auch der Häufigkeitszahlen eindrucksvoll. Dazu kommt, dass innerhalb der Tötungsdelikte die (nur) versuchten Tatbegehungen mittlerweile einen deutlich höheren Anteil als in der Vergangenheit aufweisen.

Dieser Rückgang schlägt sich in den letzten Jahren auch in der Strafverfolgungsstatistik bei den Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte, insbesondere wegen Mordes, nieder. Wird wegen vollendeten Mordes verurteilt, verhängen die Gerichte jedoch zu einem höheren Anteil als noch Anfang der 1990er Jahre tatsächlich eine lebenslange Freiheitsstrafe. Dies mag auch ein Grund dafür sein, dass sich bei den jährlichen Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe noch kein Rückgang abzeichnet. Vor allem in den letzten Jahren war

¹⁶⁰ So schreibt Kirstin Drenkhahn (Research on long-term imprisonment, in: Drenkhahn/Dudeck/Dünkel, 2014, S. 9-22 (S. 13): "The findings, though, are not univocal: they range from no deteriorating effect ... to rather mixed results ... and to negative effects ..."

¹⁶¹ Sonja Snacken/Dirk van Zyl Smit: Europäische Standards zu langen Freiheitsstrafen: Aspekte des Strafrechts, der Strafvollzugsforschung und der Menschenrechte, NK 2009, 58-68 (60 f.).

diese schärfste Sanktion des Strafrechts fast exklusiv für den Straftatbestand des Mordes nach § 211 StGB reserviert.

Nach einem dramatisch zu nennenden Anstieg erreichte die Zahl der lebenslänglichen Strafgefangenen in den Jahren 2010 und 2011 mit über 2.000 einen beeindruckenden Höhepunkt. Seitdem ist ein leichter Rückgang zu verzeichnen. Besonders auffallend ist die Zunahme älterer Strafgefangener, die in erster Linie auf eine höhere Verweildauer zurückzuführen sein dürfte.

Die Daten der Kriminologischen Zentralstelle zeigen für die nach § 57a StGB entlassenen Lebenslänglichen Verweildauern, die in den letzten Jahren im Median zwischen rund 15 ½ und 19 Jahren lagen. Hier steht einer Vielzahl von Gefangenen, die bereits nach rund 15 Jahren entlassen werden, eine nicht zu unterschätzende Zahl von Personen gegenüber, die erst nach mehr als 20 oder gar mehr als 25 Jahren die Freiheit wiederfinden. Nicht ermittelt wird, ob diese vergleichsweise langen Verbüßungszeiten eher auf eine besondere Schwere der Schuld oder auf eine vermutete Gefährlichkeit zurückzuführen sind. Regional zeigen sich bei der Handhabung der Entlassungen nach § 57a StGB deutliche Unterschiede.

Werden Strafgefangene aus lebenslanger Freiheitsstrafe entlassen, bewähren sie sich ausweislich der periodisch erstellten Rückfallstatistik überaus gut. Wiederverurteilungen sind die Ausnahme. Erfolgen sie, ist die häufigste Sanktion eine Geldstrafe. Schwere Rückfälle sind sehr selten, was sich neben einer häufig einmaligen zur Tat führenden Konfliktsituation durch das in der Regel bereits vorgerückte Lebensalter im Entlassungszeitpunkt erklären dürfte.

Ein großes Manko bei der Bewertung der lebenslangen Freiheitsstrafe liegt darin, dass der Gesetzgeber nicht der vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 1977 postulierten Beobachtungspflicht zu den Auswirkungen dieser Sanktion, zuvorderst möglicher Haftschäden, nachgekommen ist. Insbesondere empirische Befunde aus dem Ausland deuten auf solche Schäden hin, wobei allerdings Ausmaß und Art im Dunkeln bleiben.

V. Zwischenfazit: zugleich Basis weiterer Überlegungen

Die bisher angestellten rechtsvergleichenden Überlegungen, die bestehenden internationalrechtlichen Vorgaben, die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe, die vorliegenden empirischen Befunde sowie hier bisher noch nicht thematisierte rechtspolitische Erwägungen sprechen derzeit eher dafür, die lebenslange Freiheitsstrafe in einer fakultativen Form beizubehalten, als für ihre Abschaffung einzutreten.

In rechtsvergleichender Hinsicht ist hervorzuheben, dass die wenigen europäischen Staaten, die bisher die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft haben, stattdessen in großem Umfang auf längere zeitige Freiheitsstrafen setzen. Selbst in einem Land wie Norwegen, das mit 21 Jahren ein vergleichsweise geringes Maximum einer zeitigen und keine lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, hat das Urteil gegen Anders Breivik gezeigt, dass zur Ahndung extremer Fälle von Mehrfachtötungen funktionale Äquivalente wie die Sicherungsverwahrung vorgehalten werden. Dass ein Land bei schwerer Tötungskriminalität eine Unterbringung – sei sie als Strafe oder in Form einer Sicherungsmaßregel ausgestaltet – durchweg nach 15 Jahren enden lässt, ist nicht ersichtlich.¹⁶²

Die lebenslange durch eine verlängerte zeitige Freiheitsstrafe zu ersetzen, erscheint ebenfalls nicht vorzugswürdig.¹⁶³ Denn bei Realisierung dieser Alternative wäre zu befürchten, dass die Verbüßungszeiten gegenüber dem jetzigen Rechtszustand eher ansteigen, zumal über die Strafhöhe unter dem Eindruck der gerade durchgeführten, unter Umständen emotional aufgeladenen Hauptverhandlung entschieden werden müsste.

Des Weiteren existieren keine internationalrechtlichen Vorgaben, die die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe erforderlich machen. Immerhin sind jedoch Tendenzen erkennbar, die Strafgefangenen so früh wie möglich über ihre voraussichtlich im Strafvollzug zu verbringende Zeit in Kenntnis zu setzen und ihnen so eine Perspektive zu eröffnen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe dann geboten, wenn mit ihrem Vollzug unverhältnismäßige Haftschäden einhergingen. Neuere valide Untersuchungen zu dieser Frage sind jedoch nicht ersichtlich. Da der Gesetzgeber seiner bereits im Jahr 1977 vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Beobachtungspflicht bisher nicht nachgekommen ist, sollten derartige Untersuchungen nunmehr unverzüglich in Angriff genommen werden.

¹⁶² Insoweit lässt der Entwurf der Strafverteidigervereinigungen eine Antwort auf die Frage vermissen, welchen Anwendungsbereich die Sicherungsverwahrung bei Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe übernehmen soll.

¹⁶³ So, wie bereits erwähnt, etwa der Vorschlag von Tonio Walter, NSTz 2014, 368 ff.

Des Weiteren ergab die verfassungsrechtliche Analyse, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nach Verbüßung der (besonderen Schwere der) Schuld eher einer Sicherungsmaßregel gleicht. Dennoch empfiehlt es sich nicht, die lebenslange durch eine zeitige Freiheitsstrafe mit der Möglichkeit einer Sicherungsverwahrung bei vermuteter Gefährlichkeit zu ersetzen.

Aus den Augen gekommen zu sein scheint in der Rechtspolitik der vergangenen Jahrzehnte der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe nur auf der Grundlage eines sinnvollen Behandlungsvollzugs bejaht hat.

Die zur lebenslangen Freiheitsstrafe vorliegenden empirischen Befunde, insbesondere die seit einigen Jahren deutlich gesunkene Tötungskriminalität, sollten der beabsichtigten Reform Rückenwind geben. Ein besonderes Augenmerk ist auf die nicht unerhebliche Zahl an Strafgefangenen zu legen, die – sei es aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld, sei es (nur) aufgrund vermuteter Gefährlichkeit – bereits mehr als 20 Jahre, teilweise sogar zeitlich deutlich darüber hinaus einsitzen. Daneben sprechen bestehende regionale Ungleichheiten für konkretere Vorgaben und Überprüfungsprozeduren bei der Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen.

Die vergleichsweise sehr geringen Rückfallraten nach Aussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe deuten darauf hin, dass im Bereich einer Strafrestaussetzung noch unausgeschöpfte Potentiale vorhanden sind. Dieser Eindruck wird durch die Tatsache verstärkt, dass die zur Strafrestaussetzung anstehenden Personen zwangsläufig bisher mehr als 15 Jahre im Strafvollzug verbracht haben und sich daher regelmäßig in einem Alter befinden, in dem die Rückfälligkeit tendenziell stark abnimmt.

Zudem streiten rechtspolitische Erwägungen dafür, die lebenslange Freiheitsstrafe (derzeit noch?) beizubehalten. Auf der politischen Ebene haben verschiedene Justizminister aus den Ländern bereits signalisiert, dass sie sich einer insgesamt wünschenswerten Reform der Tötungsdelikte widersetzen werden, sollte die lebenslange Freiheitsstrafe fallen.¹⁶⁴ Auch den bisherigen Verlautbarungen des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz ist nicht zu entnehmen, dass ihm die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe ein besonderes Anliegen wäre.¹⁶⁵ Dabei ist auch zu sehen, dass diese Sanktion schon in einem weiten Umfang zu einer nach 15 Jahren auszusetzenden zeitigen Freiheitsstrafe mutiert ist. Schließlich ist zu beachten, dass eine Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe notwen-

¹⁶⁴ So etwa der bayerische Justizminister Winfried Bausback in der „Welt“ vom 11.2.2014, S. 6, wonach die lebenslange Freiheitsstrafe nicht zur Disposition gestellt werden dürfe. Vgl. auch den Justizsenator von Berlin, Thomas Heilmann, laut dpa vom 6.9.2014: „Am Strafmaß 'lebenslänglich' für Mord darf nicht gerüttelt werden.“

¹⁶⁵ Vgl. einen Bericht des „Spiegel“ vom 4.8.2014, S. 16.

digerweise zur Anpassung einer ganzen Reihe von Höchststrafdrohungen, wenn nicht ganzer Strafraumen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs führen müsste.

Zuletzt bestehen erhebliche Zweifel, dass es der Bevölkerung vermittelbar wäre, wenn auch bei schwerstem Tötungsunrecht der Freiheitsentzug strikt auf 15 Jahre begrenzt bliebe. Dies gilt insbesondere im Falle der Tötung mehrerer Personen. Zwar gab es in Deutschland in der jüngeren Vergangenheit zum Glück keinen Fall Anders Breivik. Doch macht schon das derzeit laufende NSU-Verfahren deutlich, dass bei mehrfacher Tötungskriminalität ein (berechtigtes) Bedürfnis existiert, die zeitige Freiheitsstrafe nicht bei maximal 15 Jahren enden zu lassen.

Daher wird sich diese Untersuchung im Folgenden darauf konzentrieren, die derzeit bestehenden neuralgischen Punkte der lebenslangen Freiheitsstrafe zu identifizieren und hierzu Verbesserungsvorschläge vorzulegen.

VI. Die neuralgischen Punkte der lebenslangen Freiheitsstrafe

Insbesondere die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber auch die vorhandenen empirischen Befunde weisen darauf hin, dass jedenfalls drei Bereiche der lebenslangen Freiheitsstrafe reformbedürftig sind. Als neuralgische Punkte lassen sich un schwer identifizieren, dass es bisher zum einen an gesetzlichen Vorgaben zur Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld fehlt. Zum anderen sind die Kriterien unklar, aufgrund derer das Vollstreckungsgericht die Umrechnung in eine Mindestverbüßungsdauer vornimmt. Schließlich sollte über die Konsequenzen nachgedacht werden, die daraus resultieren, dass sich jenseits der besonderen Schwere der Schuld die lebenslange Freiheitsstrafe „de facto“ in eine Sicherungsmaßregel verwandelt.¹⁶⁶

1. Die Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1992 hat bereits das erkennende Gericht, im Normalfall das Schwurgericht, über das Vorliegen der besonderen Schwere der Schuld zu befinden. Während der Begriff der geringen Schuld im Strafgesetzbuch an mehreren Stellen auftaucht¹⁶⁷ und zu einer genau bestimmten Rechtsfolge – in der Regel zu einer Strafmilderung oder zum Absehen von Strafe – führt, ist die besondere Schwere der Schuld eine Rechtsfigur, die exklusiv in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 57b StGB normiert ist.

¹⁶⁶ Auch Kett-Straub, 2011, S. 338 spricht sich dafür aus, „Korrekturen im Rahmen des § 57a StGB vorzunehmen.“

¹⁶⁷ Vgl. § 84 Abs. 4, § 86 Abs. 4, § 89b Abs. 5, § 91 Abs. 3, § 113 Abs. 4 S. 1, § 129 Abs. 5, § 129a Abs. 6, § 236 Abs. 5 StGB.

Die genannten Regelungen sind von einer doppelten Unbestimmtheit geprägt: Zum einen stellt das Gesetz dem Rechtsanwender keinerlei Kriterien dafür zu Verfügung, wann die besondere Schwere der Schuld anzunehmen ist.¹⁶⁸ Zum anderen ist die in eben diesen Vorschriften angesprochene rechtliche Konsequenz erstaunlich unpräzise: Liegt die besondere Schwere der Schuld vor, führt dies regelmäßig zu einer zeitlich zunächst unbegrenzten Verlängerung der Strafvollstreckung über 15 Jahre hinaus, wobei das Merkmal der Gebotenheit erlaubt, die spätere Entwicklung des Verurteilten, insbesondere im Strafvollzug, zu berücksichtigen.¹⁶⁹

Die somit auf Tatbestands- wie Rechtsfolgenseite fehlende Konkretisierung ist umso bedenklicher, als es sich bei der Annahme der besonderen Schwere der Schuld nicht – wie noch in der Literatur Ende der 1980er Jahre und später auch vom Bundesverfassungsgericht gefordert – um eine seltene Ausnahme handelt.¹⁷⁰ Die beachtliche quantitative Bedeutung dieses Merkmals geht schon aus einer Aufstellung des BMJ aus dem Jahr 1984 hervor. So war im ersten Jahr nach Inkrafttreten des § 57a StGB die besondere Schwere der Schuld immerhin in 46,3% der Fälle der Grund dafür, die Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe abzulehnen. Selbst bei den Gefangenen, die bereits mehr als 22 Jahre einsaßen, war die besondere Schwere der Schuld noch die hauptsächliche Ursache (43,5%) für die Versagung einer Strafrestausssetzung.¹⁷¹

Auch ausweislich einer neueren Stichtagserhebung von Dessecker für das Land Hessen an 193 am 31.3.2011 in diesem Bundesland einsitzenden Lebenslänglichen wurde in immerhin 47 Fällen (24%) eine besondere Schwere der Schuld angenommen.¹⁷² Im Übrigen existieren keine weiteren Untersuchungen über die Häufigkeit der Bejahung dieses Merkmals.¹⁷³

Unabhängig von der Streitfrage, wie die besondere Schwere der Schuld dogmatisch zu bestimmen ist,¹⁷⁴ erscheint es zielführend, sich zunächst zu vergewissern, in welchen Fällen die Rechtsprechung die besondere Schwere der Schuld überhaupt zu attestieren pflegt. Dies ist beileibe nicht so klar, wie es angesichts der damit verbundenen gravierenden Rechtsfolgen – in der Regel ein weiterer mehrjähriger, unter Umständen sogar jahrzehntelanger Freiheitsentzug – zu vermuten ist.

¹⁶⁸ So auch zu Recht BGHSt 40, 360 (367).

¹⁶⁹ BGHSt 40, 360 (367) führt zutreffend aus, dass die Feststellung besonderer Schwere der Schuld „zu keinem zahlenmäßig bestimmten Ergebnis führt.“

¹⁷⁰ So Laubenthal, 1987, S. 219 („Ausnahmeregel“), S. 267 („Ausnahmevorschrift“) und BVerfGE 86, 288 (314 f.) aufgrund einer Analyse des Begriffs des Besonderen.

¹⁷¹ Zitiert nach H.-M. Weber, 1999, S. 63 f.

¹⁷² Dessecker, MschrKrim 95 (2012), 87.

¹⁷³ Vgl. auch Kett-Straub, 2011, S. 205.

¹⁷⁴ Dazu vgl. etwa Walter Stree/Jörg Kinzig in Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 57a Rdnr. 5.

Eingangs sei in diesem Zusammenhang noch einmal an die Erhebung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1992 in den Bundesländern erinnert. Deren Ergebnis wird wie folgt beschrieben:

„Als Kriterien der Rechtsprechung für eine Schuldsteigerung im Sinne des § 57a StGB werden übereinstimmend genannt die Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale, besondere Begehungsformen, eine Mehrzahl von Opfern sowie tateinheitlich und tatmehrheitlich abgeurteilte Straftaten. Vorstrafen als schulderhöhende Momente werden aus Baden-Württemberg, Bayern, Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen berichtet, wohingegen nach dem Bericht aus Rheinland-Pfalz dort die Berücksichtigung von Vorstrafen ausdrücklich als unzulässig angesehen wird. In Bayern, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz werden bei der Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld Straftaten, die nach §§ 154, 154a StPO vorläufig eingestellt wurden, zum Nachteil des Täters berücksichtigt. Dagegen wird dies nach den Stellungnahmen Hamburgs, Hessens und Nordrhein-Westfalens von den Gerichten ausdrücklich abgelehnt.

An sonstigen Umständen, die schulderschwerend berücksichtigt werden, berichtet Nordrhein-Westfalen, daß sämtliche Umstände des § 46 StGB in Frage kämen. Im einzelnen wird genannt, daß der Täter ohne jeden wirtschaftlichen Zwang gehandelt (Schleswig-Holstein), eine besonders hohe Beute gemacht oder eine besondere Gefährlichkeit bewiesen habe (Rheinland-Pfalz). Bayern berichtet darüber hinaus folgende Umstände: Rechtsfeindliche Gesinnung des Täters, ich-bezogenes Tatmotiv, Rassen(Juden-)haß (NS-Täter), Zielstrebigkeit, mangelnde Schuldeinsicht, menschenverachtende Einstellung des Täters, Verstrickung Dritter, Kaltblütigkeit, Opfer hat keinen Anlaß zur Tat gegeben, Rücksichtslosigkeit, kein dienstlicher Zwang (NS-Täter), Nachtaten während der Haft, eiskalter Vernichtungswille, Ausnutzen der intellektuellen Unterlegenheit des Ausführenden, Täter als überzeugter Nationalsozialist.⁴¹⁷⁵

Etwas weniger heterogen sind die Umstände, die der Große Senat des BGH im Jahr 1994 zur Begründung der besonderen Schwere der Schuld aufführt: *„eine besondere Verwerflichkeit der Tatausführung oder der Motive, mehrere Opfer bei einer Tat, die Begehung mehrerer Mordtaten oder – im oder ohne Zusammenhang mit dem Mord begangene – weitere schwere Straftaten.⁴¹⁷⁶*

Die Bedeutung der besonderen Schwere der Schuld für die Länge des Freiheitsentzugs lässt es dringend angeraten erscheinen, diesen Begriff bei einer Neuordnung der Tötungsdelikte

¹⁷⁵ BVerfGE 86, 288 (304).

¹⁷⁶ BGHSt 40, 360 (370).

zu präzisieren. Wie der Fall Breivik in Norwegen, die NS-Straftaten in der Vergangenheit, aber auch der Terror des NSU zeigen, kann auf eine gewisse Abstufung der Schuld zwischen schweren und schwersten Fällen vorsätzlichen Tötungsunrechts nicht verzichtet werden.¹⁷⁷ Möchte man an dem Begriff der besonderen Schwere der Schuld festhalten, empfiehlt es sich, konkrete Vorgaben zu machen, wann eine solche besondere Schwere der Schuld angenommen werden kann und damit eine Verbüßung der Freiheitsstrafe über 15 Jahre hinaus infrage kommt.

Unabhängig von der zukünftigen Ausgestaltung der Tötungsdelikte wird man sich als Kriterien für die Annahme einer besonderen Schwere der Schuld einigen können auf eine Mehrzahl an Opfern, sei es durch eine oder bei der Begehung mehrerer Straftaten (vgl. § 57b StGB)¹⁷⁸, sowie, um eine Formulierung des Großen Senats aufzugreifen, „*im oder ohne Zusammenhang mit dem Mord begangene weitere schwere Straftaten*“.¹⁷⁹ Inwieweit darüber hinaus andere Gesichtspunkte berücksichtigt werden sollten, kann ohne die Kenntnis der Tatbestandsvoraussetzungen „de lege ferenda“ nicht abschließend beurteilt werden, erscheint aber überdies als zweifelhaft: dies gilt insbesondere für Kriterien wie besondere Begehungsformen, das Vorhandensein von Vorstrafen, das Vorliegen mehrerer Mordmerkmale¹⁸⁰ und die Art der Tatausführung und der Motive, die hin und wieder, aber eben nicht durchgängig von der Rechtsprechung für die Bejahung der besonderen Schwere der Schuld herangezogen werden.¹⁸¹

Um die erforderliche Bestimmtheit zu gewährleisten, sollte das Gesetz die Umstände, die zu einer Annahme der besonderen Schwere der Schuld führen können – z. B. eine Mehrzahl getöteter Personen –, präzise und abschließend aufzählen. Dies würde auch die Option beinhalten, die besondere Schwere der Schuld trotz Vorliegen eines solchen Umstands (ausnahmsweise) zu verneinen. Dabei sollte die Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld unverändert durch das erkennende Gericht erfolgen.

2. Die Konsequenzen aus der Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld

Nach derzeitigem Rechtszustand legen die Strafvollstreckungsgerichte fest, bis zu welchem Zeitpunkt die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung gebietet.

¹⁷⁷ Anders jedoch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 4, der die Schuldschwereklausel ersatzlos streichen möchte und im Anschluss an Kargl (unklar) darauf verweist, dass „die zu dieser Klausel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Gesichtspunkte ... in die Strafzumessung einfließen“ können.

¹⁷⁸ Dies bezeichnet auch Kett-Straub, 2011, S. 351 als „unproblematisch“.

¹⁷⁹ Ähnlich H.-M. Weber, 1999, S. 249 ff.

¹⁸⁰ Zweifelnd auch Kett-Straub, 2011, S. 352: „kann man konzipieren“.

¹⁸¹ Siehe die bereits genannte Erhebung des Bundesverfassungsgerichts sowie die neueren Überblicke über die Rechtsprechung bei Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 61. Aufl. 2014, § 57a Rdnr. 11a sowie bei Stree/Kinzig, 2014, § 57a Rdnr. 5.

Bedenklich ist dabei zunächst, dass diese Entscheidung erst nach langer Zeit im Vollzug, in der Regel nach 13 Jahren, getroffen wird.¹⁸² Gründe, warum der Verurteilte so lange über die unter dieser Perspektive erforderliche Vollstreckungsdauer im Unklaren gelassen wird, sind jedenfalls dann nicht ersichtlich, wenn spätere Entwicklungen im Vollzug noch in einem zweiten Schritt berücksichtigt werden können.

Bevor entschieden werden kann, ob und wenn ja mit welchem Limit eine Vollstreckungshöchstdauer in Fällen der besonderen Schwere der Schuld eingeführt werden sollte, ist es sinnvoll, sich kurz die Praxis der Handhabung des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zu vergegenwärtigen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass noch vor Inkrafttreten des § 57a StGB, also seit dem Zweiten Weltkrieg bis zum Jahr 1975, immerhin 675 von 702 Personen (96%) noch vor Ablauf von 25 Jahren im Wege der Begnadigung aus der Haft entlassen wurden. Dabei sind in dieser Statistik sogar die Nichtaussetzungen eingeschlossen, die wegen einer negativen Legalprognose erfolgten.¹⁸³

Für die ersten Jahre nach Einführung des § 57a StGB hat Revel eine Analyse der entsprechenden Judikatur der Oberlandesgerichte vorgenommen. In ihrer Auswertung von 85 von den Oberlandesgerichten zwischen den Jahren 1982 und 1986 entschiedenen Fällen fanden sich lediglich zwei, in denen eine Strafrestausssetzung wegen besonderer Schwere der Schuld noch nach mehr als 25 Jahren versagt wurde. In einem davon lehnte das OLG Koblenz bei einem unter anderem wegen Mordes und zweifachen Mordversuchs verurteilten Straftäter eine Strafrestausssetzung nach 25 Jahren ab. In dem anderen hielt das OLG Hamm bei einem unter anderem wegen Mordes in 46 Fällen verurteilten NS-Täter auch nach 36 Jahren die (besondere Schwere der) Schuld für noch nicht verbüßt.¹⁸⁴

Wie bereits erwähnt, hat das Bundesverfassungsgericht Mitte der 1990er Jahre die Praxis der Handhabung des § 57a StGB in den Bundesländern zu eruieren versucht. Dabei ergab sich, dass auch *„bei als Mehrfachtätern verurteilten 'Lebenslänglichen' die Verbüßungsdauer zwischen 15 und 25 Jahren ... im allgemeinen nicht oder allenfalls in außergewöhnlichen Fällen überschritten wird.“* Darüber hinaus wurden 16 Fälle mit längeren Verbüßungsdauern, in der Spitze einer mit mehr als 35 Jahren berichtet. Von diesen 16 Langzeitstrafgefangenen stammte bemerkenswerterweise die Hälfte aus Bayern.¹⁸⁵

¹⁸² Vgl. etwa Stree/Kinzig, 2014, § 57a Rdnr. 7.

¹⁸³ Ute Revel, Anwendungsprobleme der Schuldschwereklausel des § 57a StGB, 1989, S. 21.

¹⁸⁴ Revel, 1989, S. 70 ff.

¹⁸⁵ BVerfG 2 BvR 1697/93 vom 21.12.1994.

Zur Analyse der gegenwärtigen Praxis der Bestimmung der Mindestverbüßungsdauer wurde ergänzend eine Datenbankrecherche aller oberlandesgerichtlicher Entscheidungen vorgenommen, die sich mit der Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld beschäftigten.¹⁸⁶

Neben den drei bereits im Rahmen der Analyse der Verfassungsgerichtsrechtsprechung geschilderten Fällen von 27¹⁸⁷, 38¹⁸⁸ und 42 Jahren Vollstreckungsdauer (Fall Pommerenke)¹⁸⁹ konnten so sieben weitere Fälle identifiziert werden, bei denen die besondere Schwere der Schuld für eine Vollstreckung von 25 Jahren und mehr verantwortlich war. Sie seien an dieser Stelle in chronologischer Reihenfolge kurz referiert.

Zwei Fälle Mitte der 1980er Jahre betrafen NS-Täter. Dabei handelte es sich bei ersterem um den bereits in der Untersuchung von Revel genannten Mann.¹⁹⁰ Bei ihm, als nationalsozialistischer Gewaltverbrecher wegen *„Mordes in 46 Fällen, versuchten Mordes in 8 Fällen - jeweils teilweise gemeinschaftlich begangen - sowie wegen Beihilfe zum versuchten Mord unter Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Lebenszeit“* verurteilt, billigte das OLG Hamm nach langem Strafvollzug die Strafrestaussetzung der Strafvollstreckungskammer. Letztere hatte nach einer Strafvollstreckungsdauer von 40 Jahren, darunter zehn Jahren in der Sowjetunion, die Schuld als verbüßt angesehen. Dabei wurden bei dem fast 69-Jährigen ein reduzierter Allgemeinzustand und eine deutliche Voralterung infolge der langen Inhaftierung berücksichtigt.

Der zweite NS-Täter hatte bereits im Jahr 1983 die schon referierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bewirkt.¹⁹¹ Wegen Mordes in mindestens 475 Fällen und wegen Beihilfe zum Mord in mindestens sechs Fällen, begangen an insgesamt mehr als 2100 Menschen, verurteilt, sah das OLG Frankfurt/M. im Gegensatz zur Strafvollstreckungskammer die weitere Strafvollstreckung auch nach 26 Jahren und fünf Monaten noch als geboten an. Dabei berücksichtigte es auch, dass der Gefangene zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits 82 Jahre alt war.¹⁹²

Nur in einem Fall wurde wegen der besonderen Schwere der Schuld eine Vollstreckung über 25 Jahre hinaus als geboten angesehen, obwohl der lebenslangen Freiheitsstrafe nur ein

¹⁸⁶ Diese Recherche erfolgte im Dezember 2014 dergestalt, dass in der Datenbank Juris bei „Text“ „Schwere der Schuld“ bei „Gericht“ „OLG“ und bei „Norm“ „§ 57a StGB“ eingegeben wurde. Daraufhin ergaben sich 128 Dokumente, die im Einzelnen ausgewertet wurden. Selbstverständlich werden damit nur Fälle erfasst, in denen ein Beteiligter gegen die Ausgangsinstanz Beschwerde eingelegt hat.

¹⁸⁷ BVerfGE 117, 71.

¹⁸⁸ BVerfG 2 BvR 1697/93 v. 21.12.1994.

¹⁸⁹ BVerfG 2 BvR 671/95 vom 22.5.1995: Wie bereits erwähnt, war die Höchstverbüßungsdauer von zunächst 50 Jahren auf später 42 Jahre reduziert worden.

¹⁹⁰ OLG Hamm 1 Ws (L) 1/86 vom 13.1.1986, MDR 1986, 601.

¹⁹¹ BVerfGE 64, 261.

¹⁹² OLG Frankfurt 3 Ws 766/86 vom 18.2.1987, NStZ 1987, 329.

Tötungsdelikt zugrunde lag.¹⁹³ Hier erfolgte die Verurteilung im Jahr 1983 lediglich „wegen eines Verbrechens des Mordes“. Ausschlaggebend für den Beschluss des OLG Nürnberg, die Festsetzung der Mindestvollstreckungsdauer bei dem zum Entscheidungszeitpunkt 55-Jährigen auf 30 Jahre zu bestimmen,¹⁹⁴ waren vor allem zwei gewichtige Vorstrafen: Die erste im Jahr 1958 „wegen fahrlässiger Körperverletzung in Tatmehrheit mit versuchtem Mord zu einer Jugendstrafe von 4 Jahren“, die zweite nur vier Jahre später „wegen Mordes in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren Zuchthaus“ und einer „Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt“.

Im Jahr 1999 billigte das Kammergericht Berlin bei einem „wegen Mordes und wegen Totschlags in einem besonders schweren Fall zu jeweils lebenslanger Freiheitsstrafe und wegen Unterschlagung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren“ Verurteilten eine vorangegangene Entscheidung der Strafvollstreckungskammer, die Mindestvollstreckungsdauer auf 28 Jahre festzulegen.¹⁹⁵ Hintergrund des Geschehens war, dass der Verurteilte „anlässlich eines Einbruchs in seine Nachbarwohnung eine Frau ermordete, die einjährige Tochter des Opfers verletzte und hilflos bei der toten Mutter zurückließ und dieses Kind zwei Tage später bei einer Rückkehr in die Wohnung durch einen gezielten Fußtritt in das Gesicht tötete.“

Der Fall des ehemaligen Terroristen Christian Klar führte dazu, dass das OLG Stuttgart im Jahr 2008 die Mindestvollstreckungsdauer auf 26 Jahre festsetzte. Klar war im Jahr 1992 „zu lebenslanger Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe verurteilt (sc. worden), die aus sechs lebenslangen Einzelfreiheitsstrafen und zeitigen Freiheitsstrafen von fünfzehn, vierzehn und zwölf Jahren“ gebildet worden war.¹⁹⁶

Des Weiteren fand sich eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin, in dem die Mindestverbüßungszeit von zuvor 22 auf 27 Jahren heraufgesetzt wurde.¹⁹⁷ In diesem Fall lag eine Verurteilung „wegen Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion in Tateinheit mit Mord und fünffachem versuchtem Mord zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe“ vor.

Schließlich ist ein aktueller Fall des OLG Hamm zu nennen, in dem der Verurteilte gleich zwei lebenslange Freiheitsstrafen verbüßt.¹⁹⁸ Zum einen wurde der Täter im Jahr 1987 „wegen Mordes in drei Fällen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe“ verurteilt, zum anderen im Jahr 1993 „wegen des Versuchs eines tateinheitlich begangenen zweifa-

¹⁹³ OLG Nürnberg Ws 13/96 vom 22.2.1996.

¹⁹⁴ Die Vorinstanz hatte gar auf 40 Jahre erkannt.

¹⁹⁵ KG Berlin 1 AR 368/99 - 5 Ws 215/99, 1 AR 368/99, 5 Ws 215/99 vom 3.5.1999.

¹⁹⁶ OLG Stuttgart 2 - 2 StE 5/91, 2-2 StE 5/91 vom 24.11.2008, wobei der Beschluss über die Mindestvollstreckungsdauer bereits zuvor gefasst worden war.

¹⁹⁷ KG Berlin vom 1 Ws 39/11 vom 1.6.2011. In dieser Entscheidung geht es allerdings nur um einen nachfolgenden Kostenfestsetzungsbeschluss.

¹⁹⁸ OLG Hamm III-1 Ws 600/13, 1 Ws 600/13 vom 27.1.2014.

chen Mordes zugleich mit Gefangenenmeuterei, erpresserischem Menschenraub, Geiselnahme mit versuchter schwerer räuberischer Erpressung“ (Geiselnahme in der JVA Werl), wobei in letzterem Fall die besondere Schwere der Schuld verneint worden war. Hier billigte das OLG die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer, dass bei der ersten Verurteilung *„die besondere Schwere der Schuld eine Verbüßung von 27 Jahre gebiete, jedoch nicht mehr als 30 Jahre vollstreckt werden dürften.“*

Diese Übersicht über die Rechtsprechung zur Dauer der Strafvollstreckung nach vorangegangener Feststellung der besonderen Schwere der Schuld zeigt zunächst, dass mit einer Ausnahme allen Fällen von Strafvollstreckungen von mehr als 25 Jahren Fälle von Mehrfachtötungen zugrunde liegen. Selbst wenn einer lebenslangen Freiheitsstrafe solch gravierende Vorstrafen wie diejenigen im eben geschilderten Fall des OLG Nürnberg vorangehen, erscheint es gerechtfertigt, bei der Frage der Festlegung einer Mindestvollstreckungsdauer zwischen Einmaltötungen einerseits und Mehrfachtötungen andererseits zu unterscheiden.

Des Weiteren ergibt eine Analyse dieser Entscheidungen, dass die Höhe der Festlegung der Mindestverbüßungsdauer von einer gewissen Beliebigkeit geprägt ist.¹⁹⁹ Das lässt sich auch an der teilweise drastisch unterschiedlichen Art und Weise ablesen, wie Ausgangs- und Beschwerdeinstanz ein und denselben Fall bewerten.²⁰⁰ Zur Vermeidung solcher Ungleichheiten erscheint die Einführung einer Höchstdauer der Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld empfehlenswert.

Dabei ist einzuräumen, dass es nicht eine einzig richtige Entscheidung für die Festlegung einer solchen Obergrenze gibt. Nimmt man den Fall Christian Klar zum Maßstab, der immerhin sechs lebenslange Einzelfreiheitsstrafen und weitere gravierende zeitige Freiheitsstrafen verwirkt und damit – abgesehen von den nationalsozialistischen Gewaltverbrechern – ein besonders hohes Maß an Schuld auf sich geladen hat, erscheint eine Obergrenze von 25 Jahren jedenfalls gut vertretbar.²⁰¹ Darüber hinaus bliebe die Möglichkeit, aufgrund einer (fortbestehenden) Gefährlichkeit (vgl. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB iVm § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe fortzusetzen. In anderen Fällen besonderer Schwere der Schuld, denen keine Mehrfachtötungen zugrunde liegen, sollte die entsprechende Obergrenze zwanzig Jahre betragen.

¹⁹⁹ H.-M. Weber, 1999, S. 64 ff. konstatiert eine „Unberechenbarkeit der schuldsschwereangemessenen Vollstreckungsdauer“.

²⁰⁰ Erinnert sei an die Reduktion im Fall Pommerenke von 50 auf 42 Jahre sowie im Fall des OLG Nürnberg von zuvor 40 auf 30 Jahre.

²⁰¹ So etwa auch Revel, 1989, S. 128, 135 f. Auch Kett-Straub, 2011, S. 286 hält „ein Schuldmaß, das eine mehr als 25-jährige Verbüßungsdauer zu rechtfertigen vermag“, für „kaum vorstellbar“. Demgegenüber ist Laubenthal (1987, S. 272) auf der einen Seite der Auffassung, „daß die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung nur bis zu einer Höchstgrenze von 20 Jahren zu gebieten vermag“. Auf der anderen Seite fordert Steinhilber (2012, S. 264 ff.) eine Höchstgrenze schuldbedingter Inhaftierung von 30 Jahren. Ähnlich auch Tonio Walter, NStZ 2014, 373.

Dabei sollte im Gegensatz zum geltenden Recht bereits dem tatnahen, erkennenden Gericht, in der Regel dem Schwurgericht, die Aufgabe zukommen, die jeweilige Höchstdauer zu bestimmen. Diese Vorgehensweise hätte den Vorzug, dass so auch für den wegen lebenslanger Freiheitsstrafe unter Feststellung der besonderen Schwere der Schuld Verurteilten die Ungewissheit, wie lange er unter diesem Aspekt im Vollzug zu verbleiben hat, auf ein vertretbares Maß reduziert bliebe. Der Strafvollstreckungskammer käme darüber hinaus zu einem noch zu bestimmenden Zeitpunkt die Aufgabe zu, vor allem unter Beachtung der vollzuglichen Entwicklung die konkrete Mindestverbüßungsdauer festzulegen. Dabei können alle die Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die derzeit schon über das Merkmal des Gebietens in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB in die Festlegung der Mindestvollstreckungsdauer im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung einfließen.²⁰² Zugleich hätte der Verurteilte einen gewissen Anreiz, selbst zu einer positiven Entwicklung im Vollzug beizutragen.

3. Die Vollstreckung (allein) aufgrund angenommener Gefährlichkeit

Jenseits der Verbüßung der besonderen Schwere der Schuld setzt die weitere Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine (vermutete) Gefährlichkeit voraus.

Diese Variante (der Vollstreckung) der lebenslangen Freiheitsstrafe kann dogmatisch nicht bruchlos erfasst werden. Auch wenn der Gefangene weiter in einer – lebenslangen – Freiheitsstrafe einsitzt, hat er seine Schuld bereits verbüßt. Inhaftiert wird er nur noch, weil er (weiterhin oder gar jetzt erst) für gefährlich gehalten wird. Darauf zu reagieren, ist jedoch grundsätzlich die Domäne des Maßregelrechts. Die daraus zu ziehenden Konsequenzen hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 2002 angedeutet. Zu diskutieren sei, ob es sich bei dieser Konstellation um „eine Maßregel oder eine andere Maßnahme, deren Vollstreckung gegebenenfalls anders auszugestalten wäre“, handele.²⁰³ Vier Jahre später kam das Gericht recht apodiktisch zur Ansicht, dass durch diese Variante lebenslanger Freiheitsstrafe „nicht eine schuldunabhängige, vom Erfordernis der Schuldangemessenheit der Strafe nicht mehr gedeckte Strafvollstreckung zugelassen“ werde.²⁰⁴ Stattdessen sei „zu prüfen, ob den besonderen Belastungen, die ein langjähriger Freiheitsentzug mit sich bringt, durch einen privilegierten Vollzug Rechnung getragen werden kann.“²⁰⁵

²⁰² Vgl. etwa Fischer, 2014, § 57a Rdnr. 16; Stree/Kinzig, 2014, § 57a Rdnr. 8.

²⁰³ BVerfG 2 BvR 578/02 vom 1.7.2002; zitiert nach Juris, teilweise unter anderem auch abgedruckt in StV 2003, 686. Dabei handelte es sich um einen Prozesskostenhilfebeschluss zu der später im Jahr 2006 in BVerfGE 117, 71 ergangenen Hauptsacheentscheidung.

²⁰⁴ BVerfGE 117, 71 (90).

²⁰⁵ BVerfGE 117, 71 (110).

Tatsächlich handelt es sich bei der gefährlichkeitsbedingten Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe um eine hybride Variante, die Elemente der Strafe und einer sichernden Maßregel in sich vereinigt. Ausgangspunkt bleibt die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Doch ist die für das schuldhaftes Verhalten ausgeworfene Strafe eben schon verbüßt. Wie bei der Sicherungsverwahrung darf der Straftäter nur dann weiter inhaftiert bleiben, wenn er (noch) gefährlich ist.

Das vom Bundesverfassungsgericht generell für die lebenslange Freiheitsstrafe aufgestellte Postulat eines sinnvollen Behandlungsvollzugs, der Umstand, dass Gefährlichkeitsprognosen generell fehlerbehaftet sind, sowie der ebenfalls vom höchsten deutschen Gericht auch als Kompensation für langjährigen Freiheitsentzug angedachte privilegierte Vollzug sollten Anlass dazu geben, jedenfalls „de lege ferenda“ die Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsbedingungen für diese Personengruppe denen von Sicherungsverwahrten gleichzustellen oder zumindest anzunähern.²⁰⁶

Für die Vollstreckung der gefährlichkeitsbedingten lebenslangen Freiheitsstrafe sollten daher folgende Punkte Bedeutung erlangen:²⁰⁷

- Die lebenslange Freiheitsstrafe wegen vermuteter Gefährlichkeit darf nur als letztes Mittel vollstreckt werden, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht ausreichen, um dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit Rechnung zu tragen (ultima-ratio-Prinzip).
- Die individuellen Faktoren, die für die Gefährlichkeit des Strafgefangenen maßgeblich sind, sind eingehend zu analysieren. Aus dem Vollzugsplan muss sich detailliert ergeben, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßnahmen vorhandene Risikofaktoren minimiert oder durch Stärkung schützender Faktoren kompensiert werden können, um die Gefährlichkeit des Strafgefangenen zu mindern, dadurch Fortschritte in Richtung einer Entlassung zu ermöglichen und ihm eine realistische Perspektive auf Wiedererlangung der Freiheit zu eröffnen. Der Vollzugsplan ist fortlaufend zu aktualisieren und der Entwicklung des Strafgefangenen anzupassen. Die plangemäß gebotenen Maßnahmen sind zügig und konsequent umzusetzen. Hierzu bedarf es einer individuellen und intensiven Betreuung des Strafgefangenen durch ein multidisziplinäres Team qualifizierter Fachkräfte. Insbesondere im therapeutischen Bereich müssen alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden. Erweisen sich standardisierte Therapieme-

²⁰⁶ Eine Gleichstellung bereits „de lege lata“ nimmt das LG Marburg, StV 2012, 671 (673) m. krit. Anm. Bartsch/Kreuzer vor.

²⁰⁷ Die sich anschließende, nicht erschöpfende Aufstellung erfolgt in Anlehnung an die Entscheidungen BVerfGE 128, 326 (378 ff.) sowie LG Marburg, StV 2012, 671 (673).

thoden als nicht erfolgversprechend, muss ein individuell zugeschnittenes Therapieangebot entwickelt werden. Dabei muss – insbesondere mit zunehmender Vollzugsdauer – sichergestellt sein, dass mögliche Therapien nicht nur deshalb unterbleiben, weil sie im Hinblick auf Aufwand und Kosten über das standardisierte Angebot der Anstalten hinausgehen (Individualisierungs- und Intensivierungsgebot).

- Die unbestimmte Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe, insbesondere nach Verbüßung der (besonderen Schwere der) Schuld, kann schwerwiegende psychische Auswirkungen haben, den Strafgefangenen demotivieren und ihn in Lethargie und Passivität führen. Dem ist zunächst durch ein Behandlungs- und Betreuungsangebot zu begegnen, das nach Möglichkeit eine realistische Entlassungsperspektive eröffnet. Darüber hinaus ist die Bereitschaft des Strafgefangenen zur Mitwirkung an seiner Behandlung durch gezielte Motivationsarbeit zu wecken und zu fördern. Unterstützend könnte insofern ein Anreizsystem wirken, das aktive Mitarbeit mit besonderen Vergünstigungen oder Freiheiten honoriert oder auch solche entzieht, um Motivation und Mitarbeit zu erreichen (Motivierungsgebot).
- Zu prüfen sind die Möglichkeiten eines privilegierten Vollzugs. Die Gegebenheiten innerhalb der Strafvollzugsanstalt müssen den therapeutischen Erfordernissen entsprechen und ausreichende Besuchsmöglichkeiten zur Aufrechterhaltung familiärer und sozialer Außenkontakte bereithalten. Ferner muss sichergestellt sein, dass ausreichende Personalkapazitäten zur Verfügung stehen, um die Anforderungen eines freiheitsorientierten und therapiegerichteten Gesamtkonzepts praktisch zu erfüllen.
- Vollzugslockerungen zum Zwecke der Erprobung sind von besonderer Bedeutung für die Prognose, weil sie deren Basis erweitern und stabilisieren; sie können eine Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe vorbereiten. So muss sichergestellt werden, dass Vollzugslockerungen nicht ohne zwingenden Grund – etwa auf der Grundlage pauschaler Wertungen oder mit dem Hinweis auf eine nur abstrakte Flucht- oder Missbrauchsgefahr – versagt werden können. Sind unbeaufsichtigte Lockerungen wie Freigang, Ausgang oder Urlaub gleichwohl nicht möglich, müssen begleitete Ausführungen gewährt werden; diese können nur dann unterbleiben, wenn sie trotz der Beaufsichtigung des Strafgefangenen zu schlechthin unverantwortbaren Gefahren führen. Die Entlassungsvorbereitung ist mit planmäßigen Hilfen für die Phase nach der Entlassung zu verzahnen. Insbesondere muss ein ausreichendes Angebot an Einrichtungen (forensische Ambulanzen, Einrichtungen des betreuten Wohnens u. ä.) gewährleistet sein, die entlassene Strafgefangene aufnehmen, die erforderliche Betreu-

ung sicherstellen und damit einen geeigneten sozialen Empfangsraum bieten können (Minimierungsgebot).

- Dem Strafgefangenen muss ein effektiv durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Durchführung der Maßnahmen eingeräumt werden, die zur Reduktion seiner Gefährlichkeit geboten sind. Ihm sind ein geeigneter Beistand beizuordnen oder andere Hilfestellungen anzubieten, die ihn in der Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen unterstützen (Rechtsschutz- und Unterstützungsgebot).
- Verfahrensrechtlich muss gewährleistet sein, dass die Fortdauer der lebenslangen Freiheitsstrafe in mindestens jährlichen Abständen gerichtlich überprüft wird. Die Vollzugsbehörde hat der zuständigen Strafvollstreckungskammer regelmäßig Sachstandsbericht zu erstatten. Ergibt sich Anhaltspunkte für die Aussetzungsreife der lebenslangen Freiheitsstrafe, ist von Amts wegen unverzüglich eine gesonderte Überprüfung durchzuführen (Kontrollgebot). Die strengere Kontrolle durch die Gerichte trägt dem allein präventiven Charakter dieser Variante der lebenslangen Freiheitsstrafe Rechnung. Sie ist mit zunehmender Dauer des Vollzugs weiter zu intensivieren. Das gilt sowohl für die Zeitdauer der Intervalle zwischen den gerichtlichen Überprüfungen als auch für die von Amts wegen erforderliche Kontrolle der Vollzugsbehörden und die qualitativen Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung in Bezug auf deren inhaltliche Substantiierung.

Zu diskutieren ist auch eine Übertragung des Grundgedanken des § 66c Abs. 2 StGB auf im Strafvollzug einsitzende Lebenslängliche, die Gefahr laufen, nach Verbüßung der (besonderen Schwere der) Schuld aufgrund einer (vermuteten) Gefährlichkeit weiter inhaftiert zu bleiben. Für eine analoge Situation zu den in § 66c Abs. 2 StGB erfassten Strafgefangenen mit primärer oder vorbehaltener Sicherungsverwahrung spricht der Umstand, dass beiden Personengruppen nach Verbüßung ihrer Schuld eine (lediglich) gefährlichkeitsbedingte Fortdauer ihrer Inhaftierung droht. Auch wenn eine (potentiell) lebenslängliche Freiheitsstrafe vorliegt, lässt es die genannte vergleichbare Lage als folgerichtig erscheinen, auch den sich in dieser Konstellation befindlichen Lebenslänglichen bereits vor Ende des schuldbedingten Freiheitsentzugs die in § 66c Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgesehene Betreuung, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten. Die Feststellung, ob eine gefährlichkeitsbedingte Vollstreckung droht, könnte man den Strafvollstreckungsgerichten übertragen. Damit noch hinreichend Raum für die Umsetzung solcher Behandlungsbemühungen bleibt, sollte eine solche Feststellung in etwa drei Jahre vor Ablauf der (besonderen Schwere der) Schuld erfolgen.

VII. Fazit: zugleich zehn Eckpunkte einer möglichen Reform

Aus der vorgelegten Untersuchung ergeben sich folgende zehn Eckpunkte einer möglichen Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe:

1. Die lebenslange Freiheitsstrafe kann für schweres Tötungsunrecht derzeit noch beibehalten werden. Weder Aspekte der Rechtsvergleichung oder internationalrechtliche Vorgaben noch das nationale Verfassungsrecht oder vorliegende empirische Befunde verlangen zwingend ihre Abschaffung. Etwas anderes kann sich dann ergeben, wenn mit ihrem Vollzug unverhältnismäßige Haftschäden einhergehen. Ob dies der Fall ist, sollte in Untersuchungen überprüft werden.
2. Das geltende Recht ist jedoch dahingehend zu reformieren, dass als mögliche Sanktion neben der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe immer auch die Option einer zeitigen Freiheitsstrafe verbleibt.
3. Unter dem Gesichtspunkt der Schwere der Schuld ist es berechtigt, jedenfalls zwischen Einfach- und Mehrfachtötungen zu unterscheiden und daran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen.
4. Möchte man an der bisherigen Differenzierung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach der besonderen Schwere der Schuld festhalten (vgl. §§ 57a, b StGB), sind die Voraussetzungen für das Vorliegen eines solchen Schuldausmaßes zukünftig präzise zu bestimmen.
5. Die Faktoren, die zu einer besonderen Schwere der Schuld führen können, sind strikt zu begrenzen: Infrage kommen vor allem eine Mehrzahl an Opfern sowie im oder ohne Zusammenhang mit dem Mord begangene weitere schwere Straftaten.
6. Die aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist auf maximal 25 Jahre zu begrenzen. Für eine Vollstreckung über 20 Jahre hinaus muss eine Mehrzahl an Opfern vorliegen.
7. Die Festlegung der maximalen Verbüßungsdauer aus Gründen der besonderen Schwere der Schuld hat bereits durch das Tatgericht zu erfolgen. Die konkrete Mindestverbüßungsdauer haben unter Beachtung der vollzuglichen Entwicklung die Strafvollstreckungsgerichte festzulegen.
8. Wird eine lebenslange Freiheitsstrafe nach Verbüßung der (besonderen Schwere der) Schuld nur noch wegen vermuteter Gefährlichkeit vollstreckt, hat ein privilegierter Vollzug zu erfolgen. Dafür gelten die Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht für den Vollzug der Sicherungsverwahrung aufgestellt hat. Folgerichtig erscheint es zudem, die Grundgedanken des § 66c Abs. 2 StGB auf im Strafvollzug einsitzende Lebenslängliche zu übertragen, die Gefahr laufen, nach Verbüßung der (besonderen

Schwere der) Schuld aufgrund einer (vermuteten) Gefährlichkeit weiter inhaftiert zu bleiben.

9. Im Zuge einer Reform des § 57a StGB sollte für alle Gefangene die in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 iVm § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB normierte Voraussetzung abgeschafft werden, dass eine Strafrestaussetzung die Einwilligung des Gefangenen verlangt.²⁰⁸
10. Abgeschafft werden sollte auch die Möglichkeit, neben lebenslanger Freiheitsstrafe zusätzlich Sicherungsverwahrung vorzusehen.²⁰⁹

²⁰⁸ Dazu mit überzeugender Begründung Kett-Straub, 2011, S. 181 ff.

²⁰⁹ Vgl. Stree/Kinzig, 2014, § 66 Rdnr. 10.

6. PD Dr. Hans-Georg Koch

Rechtsvergleichende Bemerkungen anlässlich der Überlegungen zu einer Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikten in Deutschland

Einleitung

Die Diskussion um eine Reform der Tötungsdelikte ist ein ewiges Thema. Mich selbst hat es zum ersten Mal in einer Hausarbeit zum Erwerb des „Großen Strafrechtsscheins“ berührt (siehe dazu JuS 1972, 457-463). Anlässlich des Deutschen Juristentags 1980 habe ich zusammen mit meinem Lehrer *Albin Eser* dazu einen Beitrag verfasst, der die deutsche Reformgeschichte mit rechtsvergleichenden Beobachtungen kombinierte.¹ An diesen Beitrag will ich in gewisser Weise auch heute anknüpfen. Allerdings ist seitdem viel passiert: Vor allem im Zuge von politischen Veränderungen großen Stils haben sich etliche Länder ein neues StGB gegeben; andernorts sind Teilrevisionen zu beobachten. Im gegebenen zeitlichen Rahmen war es leider nicht möglich, die ausländische Rechtsentwicklung und ihre Hintergründe detailliert zu verfolgen und darzustellen. Aber im Rahmen von Überlegungen zu einer nationalen Neuregelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte interessiert ja auch weniger Rechtsvergleichung in Form von Auslandsrechtskunde, sondern in Gestalt der Präsentation von Lösungsvorrat – so wie schon der erwähnte ZStW-Bertrag konzipiert war. Dieser Lösungsvorrat sei nachfolgend unter weitgehender Beschränkung auf jeweils geltendes Recht zunächst anhand der vorgefundenen strukturellen Unterteilung in Gestalt von Grunddelikt und qualifizierten bzw. privilegierten Bereichen dargestellt (I). Danach werde ich einen Überblick über die vorzufindenden qualifizierenden bzw. privilegierenden Merkmale sowie die vorgesehenen Strafdrohungen geben (II). Mit Beobachtungen zu häufig vertretenen Spezialtatbeständen (III) soll dieser Beitrag komplettiert werden.

Vorab noch eine Bemerkung zur Länderauswahl: Aus Zeitgründen muss ich mich auf aus deutscher Sicht wichtige Rechtsordnungen des kontinentalen Rechts beschränken. Ich werde mich deshalb auf unsere Nachbarländer – auch soweit dort die Rechtslage gegenüber dem ZStW-Aufsatz von 1980 (nahezu) unverändert geblieben sein sollte – oder/und neuere Kodifikationen wie z.B. in Portugal (1982), Frankreich (1994), Spanien (1995), der Russischen Föderation (1996), der Türkei (2004), der Tschechischen Republik (2009), oder in Rumänien (2014) konzentrieren.

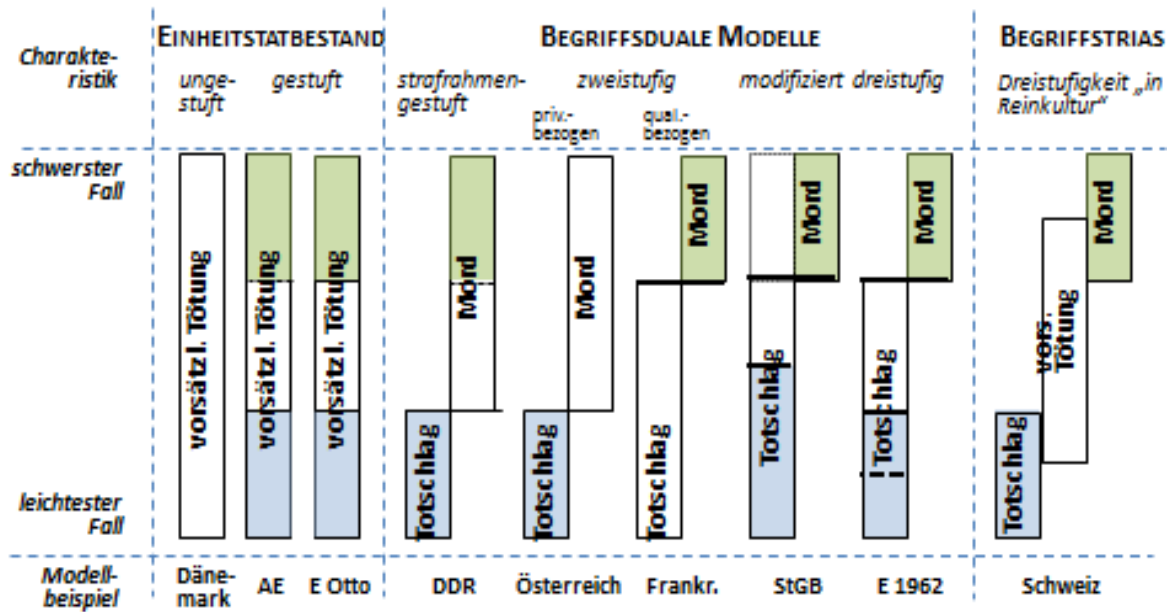
¹ Albin Eser/Hans-Georg Koch, Die vorsätzlichen Tötungstatbestände – Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse, ZStW 92 (1980), 491-560.

I. Die Struktur der Tötungsdelikte

Ein BT-Straftatbestand ist abstrakt gesprochen die Verknüpfung einer Tatumschreibung mit einer oder mehreren, im Allgemeinen Teil näher umschriebenen Rechtsfolgen. In seiner einfachsten Form würde nur das Verhalten so abstrakt wie möglich umschrieben und auf Rechtsfolgenseite die ganze Bandbreite möglicher Sanktionen eröffnet: „Wer einen anderen tötet, wird bestraft.“ So einfach macht es sich offenbar kein Gesetzgeber – aber fast so einfach, wie gleich zu zeigen sein wird.

Eine erste rechtsvergleichende Beobachtung, die man beim Blick auf die einschlägigen BT-Tatbestände machen kann, geht dahin, dass es verbreitet ist, von einem Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung auszugehen und von diesem einerseits qualifizierende Merkmale „nach oben“ und/oder andererseits privilegierende Kriterien „nach unten“ (strafmildernd) der richterlichen Praxis vorzugeben. Bei einer Zweiteilung gibt es zwei Möglichkeiten: Einerseits Hervorhebung der schwereren Fälle gegenüber dem „Normalfall“ und andererseits Differenzierung zwischen „Normalfall“ und Privilegierung. Bei einer dreistufigen Lösung wie in Deutschland findet gegenüber dem „Normalfall“ eine Typisierung sowohl qualifizierter als auch privilegierter Fälle statt, wobei die regelungstechnische Ausgestaltung – z.B. Tatbestandsmerkmale oder Regelbeispiele – dahingestellt bleiben soll. Die einzelnen Stufen können in sich homogen sein oder weitere Unterteilungen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen vorsehen. Von der Stufung als solcher zu unterscheiden ist, ob und inwieweit die einzelnen Stufen eine eigene Benennung als „Mord“, Totschlag, „vorsätzliche Tötung“ oder dergl. erhalten. Das Schaubild „Strukturmodelle“ soll die verschiedenen Optionen optisch verdeutlichen; in der darauf folgenden Tabelle sind einige Länder näher dargestellt.

Strukturmodelle bei vorsätzlicher Tötung*



* Ohne Sondertatbestände wie z.B. Tötung auf Verlangen, Kindstötung

Legende:

- „Grundtatbestand“ vors. Tötung ohne besondere Merkmale
- durch qualifizierende Merkmale erfasster Bereich
- durch privilegierende Merkmale erfasster Bereich
- „echte“ Stufung
- bloße Strafrahmenstufung
- Unterstufung

Verbreitung verschiedener Regelungsmodelle (ohne Sondertatbestände²)

Land	Regelungs-Modell
Dänemark	Ungestuft (aber nach AT § 83 Herabsetzung unter den vorgesehenen Strafrahmen möglich, „wenn Erkenntnisse über die Tat, die Person des Täters oder andere Umstände entscheidend dafür sprechen.“ ³)
Norwegen	Ungestuft (aber nach AT mildere Straftat oder Unterschreitung der Mindeststrafe möglich) ⁴
Österreich	Zweistufig (Privilegierung) „Mord“/„Totschlag“
Luxemburg	„verdeckt“ zweistufig (Privilegierung: Totschlag/Mord//entschuld bare Tötung)
Frankreich	Zweistufig (Qualifikationen) – „meurtre“/„assassinat“
Rumänien	Zweistufig (Qualifikationen) ⁵
Spanien	Zweistufig (Qualifikationen) ⁶ – „als Totschläger“/„als Mörder“

² Insbesondere: Tötung auf Verlangen, Kindstötung, Suizidbeteiligung. Vgl. dazu unten III.

³ Gemäß § 83 S. 2 danStGB kann darüber hinaus „bei im Übrigen milderen Umständen“ von Strafe abgesehen werden.

⁴ § 60 norStGB. Für Tötungsdelikte relevant insbesondere die Fallgruppen „uneingeschränktes Geständnis“ sowie Handeln „in berechtigtem Zorn“. (§ 80 Buchst. a) Ziff. 2 bzw. Buchst. e).

⁵ Daneben Strafrahmenmodifizierungen nach Regelungen im Allgemeinen Teil möglich.

Belgien	„verdeckt“ dreistufig ⁷ (Totschlag/Mord/entschuldbare Tötung)
Finnland	Dreistufig
Portugal	Dreistufig
Schweiz	dreistufig (vorsätzl. Tötung/Mord/Totschlag)

Zu bedenken ist, dass diese Zwei- oder Dreiteilung bei den BT-Tatbeständen von strafrahmenverschiebenden Regelungen des Allgemeinen Teils überlagert werden kann. Hinsichtlich straf erhöhender Umstände kann man unterscheiden, ob sie nur innerhalb zeitiger Freiheitsstrafe eine Orientierung geben sollen oder ob damit die Möglichkeit der Verhängung einer qualitativ andersartigen Strafe zwingend oder fakultativ verbunden ist. Unter einer qualitativ andersartigen Strafe verstehe ich die Androhung lebenslanger an Stelle von zeitiger Freiheitsstrafe oder die Möglichkeit des Ausspruchs der Todesstrafe an Stelle von zeitiger oder lebenslanger Freiheitsstrafe.

Ein internationaler Trend scheint dahin zu gehen, Differenzierungen zwischen verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe (Gefängnis/Zuchthaus) aufzugeben. Wo eine solche Differenzierung noch vorgesehen ist, sind schärfere Formen der Freiheitsstrafe jedenfalls bei qualifizierten Tötungsdelikten vorgesehen. Dies gilt auch für die Androhung lebenslänglicher Freiheitsstrafe. Das heißt: Gegenüber dem Umstand, dass das Leben eines anderen Menschen vorsätzlich ausgelöscht wird, können die jeweiligen Umstände der Tatbegehung zu einer qualitativ bedeutsamen Strafrahmenverschiebung führen. In Anbetracht eines verbreiteten Verständnisses menschlichen Lebens als „Höchstwert“ innerhalb der zu schützenden Rechtsgüter führt dies zu der Konsequenz, dass – im Vergleich zur Tötung als solcher eigentlich eher akzidentielle – Begleitumstände der Tat zu schwerwiegenden Folgen auf der Rechtsfolgenreihe führen können. Dies ist ein Dilemma; es handelt sich jedoch um ein international offenbar weithin anzutreffendes Phänomen.

Es springt weiterhin ins Auge, dass die jeweiligen Gesetzgeber offenbar mehr Mühe auf die Kennzeichnung erschwerter Fälle verwenden als auf die Hervorhebung minder schwerer Fälle. Würde man die Zahl qualifizierender Kriterien derjenigen privilegierender Funktion gegenüberstellen, käme man auf ein klares Überwiegen ersterer. Einer strukturellen Unterscheidung zwischen Normalfall, schwerem Fall und leichtem Fall tut dies keinen Abbruch.

⁶ 2 Qualifikationsstufen; AT-Regelungen erlauben bei Kumulation mehrerer mildernder/erschwerender Umstände einen niedrigeren bzw. höheren Strafrahmen, vgl. Art. 66-71 CP.

⁷ „Verdeckt“, weil privilegierte Tötung und privilegierte Körperverletzung zusammen am Ende des einschlägigen Abschnitts geregelt sind (Art. 411 ff. BCP: „entschuldbare Tötung und entschuldbare Körperverletzungen“) – Daneben gibt es im Allgemeinen Teil Milderungsmöglichkeiten mit erheblichem Ausmaß, vgl. Art. 80 BCP: z.B. statt lebenslangem Zuchthaus Gefängnisstrafe nicht unter drei Jahren.

Dem einleitend erwähnten ungestuften und (mehr oder weniger) unbestimmten Modell am nächsten kommen die Regelung in Norwegen (StGB von 2005), Dänemark (StGB von 1930) und – wohl nicht zufällig – auch Island. § 237 dänStGB droht für (vorsätzliche) „Tötung“ Gefängnis von mindestens 5 Jahren oder lebenslänglich an, wobei wegen der erhöhten Mindeststrafe die Obergrenze für zeitige Freiheitsstrafe 20 Jahre beträgt (§ 33 Abs. 2 dänStGB). Von diesem Grunddelikt gibt es zwei Privilegierungstatbestände: die Kindestötung durch die Mutter unter dem Einfluss der Geburt (§ 238, Strafe Gefängnis bis zu 4 Jahren) und die Tötung auf Verlangen (§ 239, Strafe Gefängnis bis zu drei Jahre). Die Mindeststrafe ist in diesen Fällen gemäß § 33 Abs. 1 sieben Tage. Die damit den Gerichten eingestandenen Freiräume werden allerdings durch Strafzumessungsregeln im Allgemeinen Teil etwas konkretisiert, die zwischen (in der Regel) erschwerenden und mildernden Umständen unterscheiden und im Vergleich zu den §§ 46 ff. des deutschen StGB wesentlich umfangreicher sind (vgl. §§ 81 ff. dänStGB). Hinzu kommen strafrahmenerhöhende Rückfallvorschriften bei einigen BT-Tatbeständen (z.B. Sexualdelikte, vorsätzliche Körperverletzung), die vorsätzlichen Tötungsdelikte sind hier jedoch nicht einschlägig. Die sehr allgemein gehaltene Vorschrift des § 83 dänStGB erlaubt unter recht unbestimmten Voraussetzungen eine Unterschreitung der vorgesehenen Mindeststrafe, ja sogar ein Absehen von Strafe. Im Ergebnis steht damit dem dänischen Gericht, das über ein vorsätzliches Tötungsdelikt zu urteilen hat, der komplette Strafrahmen zwischen sieben Tagen und 20 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe zur Verfügung.

Bei Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe ist eine Entlassung auf Probe frühestens nach 12 Jahren möglich; bei zeitiger Freiheitsstrafe nach 2/3 der Strafzeit (§ 38 dänStGB), in Sonderfällen schon nach der Hälfte (§ 40a). Wegen vorsätzlicher Tötung für schuldig Befundene (aber nicht nur diese) können bei Gefährlichkeit (vgl. näher § 70 dänStGB) *alternativ* zu Sicherungsverwahrung verurteilt werden. Diese ist von unbestimmter Dauer und wird in einer mit speziell geschultem Personal ausgestatteten Vollzugsanstalt vollstreckt.⁸

Zusammenfassend könnte man hinsichtlich der dänischen Regelung von einem „Minimalmodell“ sprechen, das sich größtmöglicher gesetzgeberischer Zurückhaltung befleißigt. Da die im dänischen StGB vorgesehenen Privilegierungen für Kindestötung und Tötung auf Verlangen nicht den eigentlichen Kernbereich der Tötungsdelikte betreffen, könnte man das dänische Modell als „ungestuft“ bezeichnen.

⁸ Näher Cornils, Landesbericht Dänemark, in Koch (Hrsg.), Wegsperrern?, Berlin 2011, S. 11 ff.

Regelungen mit tatbestandlichen (und begrifflichen) Differenzierungen

Weit verbreiteter sind Regelungsmodelle, die Differenzierungen zwischen Tatbereichen unterschiedlicher Schwere vornehmen. Damit können Differenzierungen auf begrifflicher Ebene (Deliktsbezeichnungen) einhergehen; zwingend ist dies nicht. Funktional kann man, wie schon bemerkt, Abschichtungen von Bereichen schwererer Tatformen und solche von als minder schwer angesehenen Fällen unterscheiden. Als ein Beispiel für ein zweistufiges Modell, das nur Privilegierungen kennt, wäre Österreich zu nennen, wo der Grundtatbestand vorsätzlicher Tötung (§ 75 öStGB) mit „Mord“ überschrieben ist und hierfür Freiheitsstrafe zwischen 10 und 20 Jahren oder lebenslänglich vorgesehen wird, während die in einer allgemein begrifflichen heftigen Gemütsbewegung begangene („hinreißen lässt“) Tötung als Totschlag in § 76 öStGB mit Freiheitsstrafe von 5-10 Jahren bedroht ist.⁹ Ein anderes Beispiel wäre das dänische Muster, wenn man Kindestötung und Tötung auf Verlangen mit in die Betrachtung einbezieht.¹⁰ Eine merkwürdige Situation bietet Luxemburg, wo die begriffliche und tatbestandliche Differenzierung verschiedener Formen vorsätzlicher Tötungen jeweils in dieselbe Rechtsfolge münden (lebenslange Freiheitsstrafe).¹¹ Milderungsmöglichkeiten ergeben sich sowohl auf BT-Ebene im Fall „entschuldbarer Tötung“ als auch über eine generelle AT-Milderungsregel, auch wenn letztere nicht so großzügig ausfällt wie diejenige in Belgien.

Zweistufige Modelle mit Hervorhebung schwererer Fälle gibt es hingegen häufiger. Beschränkt man sich auf die BT-Regelungen, ist Italien ein Beispiel für ein solches Modell, wo auf den Grundtatbestand (Art. 575 ICP: Omicidio=vorsätzliche Tötung, Freiheitsstrafe nicht unter 21 Jahren) zwei kasuistisch angelegte Qualifizierungstatbestände (Art. 576 und Art. 577 Abs. 1, der in Nr. 3 auch das Überlegungskriterium [con premeditazione] enthält) folgen, die mit derselben Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe) ausgestattet sind, und ein weiterer (Art. 577 Abs. 2), der für gewisse Fälle von Verwandtentötung eine abgeschwächte Qualifizierung (Freiheitsstrafe zwischen 24 und 30 Jahren) vorsieht.

Am häufigsten sind allerdings dreistufige Modelle anzutreffen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass von einem Grundtatbestand vorsätzlicher Tötung sowohl schwerere Fälle „aufgestuft“ als auch mildere Fälle „abgestuft“ werden.

⁹ Daneben Tötung auf Verlangen (§ 77öStGB) mit Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 5 Jahren, Kindestötung (§ 79) mit Freiheitsstrafe zwischen 1 und 5 Jahren sowie Mitwirkung am Selbstmord (§ 78, ebenfalls 6 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe).

¹⁰ Früher auch Polen: Art. 148 § 1: Grundtatbestand mit Freiheitsstrafe nicht unter 8 Jahren oder Todesstrafe, § 2 Tötung aufgrund der Umstände entschuldbarer starker Erregung: Freiheitsstrafe von einem bis 10 Jahren (so jetzt Art. 148 § 4 polnStGB).

¹¹ Dies dürfte sich historisch daraus erklären, dass bei der Abschaffung der Todesstrafe diese durch lebenslange Freiheitsstrafe ersetzt wurde, aber anders als in Belgien keine Änderungen bei den weniger harten Sanktionsdrohungen erfolgten.

Als Beispiel sei die Regelung der Schweiz kurz näher dargestellt: Als mit „Vorsätzliche Tötung“ überschriebener Grundtatbestand wird in Art. 111 CH-StGB die „schlichte“¹² vorsätzliche Tötung mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft. Art. 112 CH-StGB bezeichnet bestimmte qualifizierte Begehungsformen als „Mord“ und bedroht die Tat mit Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe.¹³ In Art. 113 CH-StGB wird die Tatbegehung „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter großer seelischer Belastung“ unter der Überschrift „Totschlag“ mit Freiheitsstrafe zwischen einem und 10 Jahren bedroht; weitere Strafmilderungen sind in Art. 114 für die Tötung auf Verlangen, in Art. 115 für Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord und in Art. 116 für die Kindestötung vorgesehen.

Wie bereits angedeutet, ist es nicht zwingend, dass jede Stufe mit einer eigenen Benennung versehen wird. Beispielsweise werden im neuen StGB der Tschechischen Republik in § 140 StGB unter der Paragraphenüberschrift „Mord“ in Abs. 1 der Grundtatbestand (vorsätzliche Tötung) und in den Absätzen 2 und 3 tatbestandliche Aufstufungen (Vorbedacht bzw. zahlreiche kasuistische Kriterien)¹⁴ zusammengefasst. Als Totschlag wird in § 141 die – grob gesagt – Affekttötung bezeichnet, deren Strafdrohung im Grundtatbestand (drei bis zehn Jahre) nicht an die des § 140 Abs. 1 (12 bis 20 Jahre) heranreicht, jedoch in Abs. 2 einige opferbezogene Qualifizierungen vorsieht, für die der Strafraum von 5 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe reicht.¹⁵ Das ebenfalls dreistufige Modell Portugals bedient sich (Art. 131 ff. PCP) der eher nüchternen Terminologie Tötung/Qualifizierte Tötung/Privilegierte Tötung,¹⁶ ebenso die qualifizierend zweistufig angelegte Regelung des neuen rumänischen StGB (Totschlag/qualifizierter Totschlag).

Sowohl beim zweistufigen wie auch beim dreistufigen Modell können Unterstufungen vorkommen, wie an den Beispielen Österreich und Schweiz für die Privilegierungen deutlich wird (unterschiedliche Strafraum für Totschlag bzw. Kindestötung oder Tötung auf Verlangen). Kompliziert wird es, wenn man in dieses System auch Modelle integrieren möchte, die neben Abwandlungen im einschlägigen BT-Bereich auch Strafraummodifizierungen (und nicht nur Kriterien für eine Orientierung innerhalb eines bestimmten Strafraums) qua AT-Regelungen kennen, wie dies besonders ausgeprägt in Italien, aber auch in Rumänien der Fall ist. Zum Verständnis der jeweiligen nationalen Regelung wäre deren Berücksichtigung

¹² Formulierung des Autors, nicht des Gesetzes.

¹³ Im Gesetz steht die lebenslängliche Freiheitsstrafe als schwerere Strafdrohung an erster Stelle.

¹⁴ Strafdrohungen: FS 12-20 Jahre einerseits bzw. 15 bis 20 Jahre oder Ausnahmestrafe andererseits.

¹⁵ Eine weitere Privilegierung enthält § 142 (Kindestötung, FS 3 bis 8 Jahre).

¹⁶ Nebst Sondertatbeständen zur Tötung auf Verlangen (Art. 134 PCP), Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung (Art. 135) und Kindestötung (Art. 136).

durchaus wichtig. Da für das deutsche StGB an eine solche Ausweitung der Vorschriften über die Strafbemessung in den §§ 46 ff. StGB nicht gedacht ist, werde ich hier strafrahmenmodifizierende AT-Regelungen in der Systematik der Regelungsmodelle nicht weiter berücksichtigen.

II. Qualifizierende und privilegierende Merkmale sowie Sanktionierung vorsätzlicher Tötung

Für Auf- wie für Abstufungen gilt, dass die entsprechenden Kriterien eher generell gefasst sein können, wie etwa das in romanischen Rechtsordnungen verbreitete erschwerende Kriterium der „Überlegung“ (Prämeditation) oder das mildernde des Affekts, wobei man aber verbreitet darum bemüht zu sein scheint, die Umschreibung so zu präzisieren, dass nicht jede heftige Gemütsbewegung als Milderungsgrund verstanden werden kann (vgl. dazu unten die Tabelle „privilegierende Merkmale“). In modernen Kodifikationen selten anzutreffen sind bei den einzelnen Tatbeständen platzierte unbenannte Strafzumessungsregeln für nicht weiter präzisierete „schwere Fälle“ oder „mildernde Umstände“. Insoweit erfolgt jedenfalls bei Aufstufungen zumindest eine Exemplifikation nach Art der Regelbeispieltechnik. Je nach Ausgestaltung gibt damit der Gesetzgeber dem Gericht die Einordnung in Grundtatbestand, Auf- oder Abstufung strikt vor oder lässt ihm mehr oder weniger große Freiräume bei der Einordnung der zu beurteilenden Tat.

Die folgenden Übersichten geben einen Eindruck von der Vielfalt straf erhöhender Kriterien bei vorsätzlicher Tötung.

1. Qualifizierende Merkmale im Einzelnen

Ausformulierungen des Überlegungsprinzips

Land	Formulierung
Finnland	mit Vorbedacht (+ Gesamtwürdigung)
Frankreich	Begehung mit Vorbedacht (Art. 221-3 CP) = vor der Handlung gefasstem Plan, ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen zu begehen (Art. 132-72 CP); gleichwertig: Tatbegehung aus dem Hinterhalt (Art. 132-71-1 CP, Wiedereinführung 2011)
Italien	Handeln mit Vorbedacht (con premeditatione)
Luxemburg	mit Vorbedacht
Portugal	Täter handelt kaltblütig, hat über die zu verwendenden Mittel nachgedacht oder beharrt bei der Tötungsabsicht für mehr als 24 Stunden
Schweiz (vor 1990)	unter Umständen oder mit einer Überlegung, ... die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren
Rumänien	mit Absicht
Tschechische Republik	vorsätzlich mit Vorbedacht oder nach einer vorangegangenen Abwägung
Türkei	Art. 82 lit. a): geplant ¹⁷ (früher: mit Überlegung/Vorbedacht)

Insgesamt gesehen, scheint die Bedeutung des Überlegungskriteriums als Merkmal schwerer Fälle vorsätzlicher Tötung geringer geworden zu sein, man denke etwa an dessen Abschaffung in Spanien.

Andere eher generelle Kriterien für qualifizierte Tötung

Land	Formulierung
Finnland	spezielle Kriterien ¹⁸ + Gesamtwürdigung, dass die Tat „schwer“ ist
Portugal	Herbeiführung des Todes unter Umständen, die eine besondere Verwerflichkeit oder Grausamkeit offenbaren (es folgt eine offene Auflistung teils täter-, teils opfer- und teils tatbezogener Umstände in 12 Abschnitten; diese seinerseits teils sehr speziell, teils eher allgemein: „oder aus einem anderen abstoßenden oder belanglosen Grund“)
Schweiz	Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich ...

¹⁷ Es ist jedoch umstritten, ob damit die Kaltblütigkeit der Tatbegehung oder vorherige Planung der Tat gemeint ist.

¹⁸ mit Vorbedacht/auf besonders rohe oder grausame Weise/so dass eine ernste allgemeine Gefahr herbeigeführt wird/Opfer für Ordnung und Sicherheit zuständiger Beamter im Dienst.

Kasuistik qualifizierender Merkmale

Kriterium	Länder
Tatmotivation	
niedrige/nichtige Beweggründe	Italien
aus materiellem Interesse	Rumänien, Spanien ¹⁹
Habgier/Gewinnsucht	Portugal, russ. Föderation
um andere Straftat vorzubereiten/zu ermöglichen/zu erleichtern	Frankreich, Italien, Portugal, Rumänien, russ. Föderation, Türkei
im Auftrag, im Zusammenhang mit Raub, Erpressung oder Bändertum	russ. Föderation
um andere Straftat zu verdecken	Frankreich ²⁰ , Italien, Portugal, Rumänien, russ. Föderation, Türkei
um sich der strafrechtlichen Verantwortung/Strafvollstreckung zu entziehen	Frankreich, Italien ²¹ , Portugal, Rumänien, Türkei ²²
um einen Dritten der strafrechtlichen Verantwortung zu entziehen	Rumänien
Mordlust	Portugal
Sadismus	Portugal
Erregung/Befriedigung des Geschlechtstriebs	Portugal
im Zshg. mit Vergewaltigung oder gewaltsamen Handlungen sexuellen Charakters	Italien, russ. Föderation
Begehung vor, mit oder nach einem anderen Verbrechen	Frankreich
Handeln aus rassistischem, religiösem, politischem Beweggrund, ggf. nationale Herkunft, Geschlecht oder sexuelle Orientierung d. Opfers gerichtetem Hass	Frankreich (über Opfereigenschaft), Portugal, ähnlich russ. Föderation
Blutrache	russ. Föderation, Türkei ²³
Tötung aus Gründen der Sitten und Gebräuche (Ehrenmord)	Türkei
aus rowdyhaften Beweggründen	russ. Föderation
in terroristischer Absicht	Niederlande (seit 2004)
aus Wut darüber, dass eine Straftat nicht	Türkei

¹⁹ Art. 139 Abs. 1 Nr. 2: „gegen eine Bezahlung, Belohnung oder ein Versprechen“.

²⁰ über das Merkmal „um seine Straflosigkeit zu sichern“, Art. 221-2 Abs. 2 CP.

²¹ auch: um sich die Mittel für den Lebensunterhalt während der Flucht zu verschaffen (in allen Varianten muss es sich um einen „Flüchtigen“ handeln).

²² genauer: um Spuren einer Straftat zu verwischen ... oder einer Festnahme zu entgehen (Art. 82 lit. h).

²³ Voraussetzung ist, dass sich der Täter ohne Emotion zu seinem Handeln verpflichtet glaubt, also eher *Blutrache* als *Blutrache*.

begangen werden kann	
in der Absicht der Nutzung von Organen oder von Gewebe des Opfers	russ. Föderation
Tätereigenschaften	
wiederholte Tatbegehung	Rumänien
Tatbegehung im Rückfall	Rumänien
Beamter	Portugal (wenn unter schwerem Missbrauch der Amtsgewalt handelnd)
grausame Gesinnung	Türkei
Opfereigenschaften	
Mehrzahl (≥ 2) von Opfern	Rumänien, russ. Föderation
(bekanntermaßen) schwanger	Rumänien, russ. Föderation, Türkei
mit Täter verwandt/Lebensgefährte	Belgien ²⁴ , Frankreich ²⁵ , Italien ²⁶ , Luxemburg, Portugal, Türkei ²⁷
aufgrund bestimmter Eigenschaften (besonders) schutzlose /wehrlose Person	Frankreich, ²⁸ Portugal, Türkei (insbes. Kind unter 18 J.)
Kind unter 15 Jahren	Frankreich
Person in besonders hilflosem Zustand	russ. Föderation
Tötung im Zusammenhang mit Entführung oder Geiselnahme	russ. Föderation
aufgrund bestimmter Eigenschaften (mutmaßlich) besonders angriffsgefährdete Person	Frankreich (Art. 221-4 CP: detaillierte Kasuistik in drei Untertatbeständen vom Richter bis zum vereidigten Hauswart, einschließlich ihnen nahestehender Personen – je bei der Ausübung oder wegen der Funktion des Funktionsträgers), Portugal (detaillierte Kasuistik vom Spitzenpolitiker bis zum Dozenten, je in Ausübung oder wegen seines Amtes), russ. Föderation ²⁹ , Türkei ³⁰

²⁴ Art. 395 CP „Elternmord“.

²⁵ Zwei Tatbestände des schweren Totschlags (Art. 221-4 und 9 CP).

²⁶ Drei verschiedene Qualifikationen hinsichtlich Verwandtentötung.

²⁷ 2004 eingeschränkt und vereinfacht gegenüber früher Art. 449 Nr. 1 und 450 Nr. 1 (zweistufige Qualifikation).

²⁸ Detailliert: „an einer Person, deren besondere Verletzbarkeit durch Alter, Krankheit, Behinderung, körperliches oder seelisches Gebrechen oder Schwangerschaft bedingte Verletzbarkeit offenkundig oder dem Täter bekannt ist“ (Art. 221-4 Nr. 3 CP).

²⁹ Tötung einer Person oder ihrer Angehörigen in Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer dienstlichen Tätigkeit oder der Erfüllung einer öffentlichen Pflicht durch diese Person.

³⁰ Tötung einer Person wegen der Erfüllung ihrer Amtspflicht (Art. 82 lit. g).

Begehungsweisen/Tatmittel	
grausam	Italien, Portugal ³¹ , Rumänien, russ. Föderation ³² , Spanien
unter Zufügung von Qualen	Italien („Anwendung von Misshandlungen“), Spanien, Türkei
mittels Gift	Belgien ³³ , Italien ³⁴ , Luxemburg, Portugal ³⁵
besonders gefährliches / gemeingefährliches Mittel	Portugal, Türkei (kasuistisch aufgeführt ³⁶)
auf gemeingefährliche Weise	russ. Föderation
mit mehreren weiteren Personen	Frankreich (mehrere in einer organisierten Bande agierende Personen), Portugal (mind. 2), russ. Föderation ³⁷
aus dem Hinterhalt	Frankreich
mit Heimtücke	Spanien

³¹ Verknüpft mit dem subjektiven Merkmal „um das Leiden des Opfers zu steigern“, alternativ auch „Folter“.

³² „Mit besonderer Grausamkeit“.

³³ Art. 397: Begehung „mit Substanzen, die früher oder später den Tod herbeiführen können, auf welche Weise auch immer diese Substanzen angewendet oder verabreicht werden.“

³⁴ „Oder anderem heimtückischem Mittel“.

³⁵ Wie Italien (auch anderes heimtückisches Mittel).

³⁶ Art. 82 lit. c) türkStGB.

³⁷ „Von einer Personengruppe, von einer Personengruppe nach vorheriger Verabredung oder von einer organisierten Gruppe“.

2. Sanktionsfragen

Nun zu der Frage, mit welchen Strafen Täter eines vorsätzlichen Tötungsdelikts rechnen müssen. Hierzu ist zunächst zu bemerken, dass die überhaupt mögliche Höchststrafe in den einzelnen Ländern recht unterschiedlich ausfällt:

Strafraumen:

Übersicht über Höchst-Freiheitsstrafen in einigen europäischen Ländern³⁸

Land	Lebenslange Freiheitsstrafe	Reguläre zeitige Höchststrafe (J.)	Ggf. außerordentliche zeitige Höchststrafe ³⁹ (J.)
Dänemark	x	16	20
England/Wales	x	14	--
Finnland	x	12	15
Frankreich	x	30	--
Italien	x	24	30
Liechtenstein	x	20	--
Österreich	x	20	--
Polen	x	15	25
Portugal	--	20	25
Russ. Föderation	x ⁴⁰	20	30
San Marino	--	35	40
Schweiz	x	20	--
Slowakische Republik	x	25	--
Spanien	--	20	40
Tschechische Rep.	x	20	30
Türkei	x	20	30

Was die Strafdrohungen anbelangt, kann man generell sagen, dass im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte der nach den allgemeinen Regeln zur Verfügung stehende Strafraum in fast allen hier behandelten Ländern nach oben „ausgereizt“ wird.⁴¹ D.h.: Wo lebenslange

³⁸ aus: Koch (Fn. 8), S. 500, mit Ergänzungen.

³⁹ z.B. bei Tatmehrheit.

⁴⁰ als Ausnahmestrafe auch Todesstrafe (Art. 59).

⁴¹ Ausnahme Norwegen: Höchststrafe für vorsätzliche Tötung (§ 275 StGB, ungestuft) ist 21 Jahre; die gesetzliche Höchststrafe ist 30 Jahre Freiheitsentzug.

Freiheitsstrafe überhaupt vorgesehen ist⁴² – und dies ist noch immer die klare Mehrzahl der Strafrechtsordnungen – kann sie auch für bestimmte Fälle vorsätzlicher Tötung verhängt werden. Bei mehrstufigen Modellen kann die Strafdrohung der einzelnen Bereiche überlappen, aneinander anschließen, oder sogar, wie in Portugal, Lücken von mehreren Jahren lassen. Die Beschreibung der qualifizierten Fälle kann ausschließlich der möglichen Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe (oder einer anderen Ausnahmestrafe) dienen oder ebenfalls mit einem mehr oder weniger umfänglichen Strafraumen korrelieren. Das Zusammentreffen qualifizierender und privilegierender Merkmale (z.B. Tötung eines Verwandten aus Mitleid in Portugal) ist meist nicht speziell geregelt; vermutlich kommt es dann nur zur Anwendung der Privilegierung.

Strafdrohungen bei vors. Tötung und Regelungsmodell (ohne Sondertatbestände)

Land	Modell (vgl. näher oben bei Fn. 2 ff.)	Strafraumen (Grundtb. zuerst)
Dänemark	Ungestuft	FS 5-20 J. oder lebenslänglich
Norwegen	Ungestuft	FS 8 bis 21 Jahre
Österreich	Zweistufig (Privilegierung) „Mord“/„Totschlag“	FS 10-20 J. od. II//FS 5-10 J.
Luxemburg	„verdeckt“ zweistufig (Privilegierung) „Mord“ bzw. Totschlag/entschuld bare Tötung	lebensl. FS//FS 1-5 J od. Geldstr. zw. 500 u. 5.000 €
Frankreich	Zweistufig (Qualifikationen) – „meurtre“/ „assassinat“	1- 30 J. Zuchthaus//2 J. - lebenslanges Zuchthaus ⁴³
Rumänien	Zweistufig (Qualifikationen)	FS 10-20 J // FS 15-25 oder lebenslänglich
Spanien	Zweistufig (Qualifikationen) – „als Totschläger“/„als Mörder“	FS 10-15/15-20/20-25 J ⁴⁴ .
Belgien	„verdeckt“ dreistufig	FS 20-30 J//lebensl. FS/FS 1-5 J od. Geldbuße 100-500 €
Finnland	dreistufig	FS 8-12//lebensl. FS//FS 4-10 J
Portugal	dreistufig	FS 8-16 J//FS 21-25 J//FS 1-5 J
Schweiz	dreistufig (vorsätzl. Tötung/Mord/Totschlag)	FS 5-20 J.//FS 10-20 J. od. lebensl. FS//FS 1-10 J. ⁴⁵

⁴² Die tatsächliche Vollzugsdauer konnte in diesem Rahmen nicht systematisch untersucht werden.

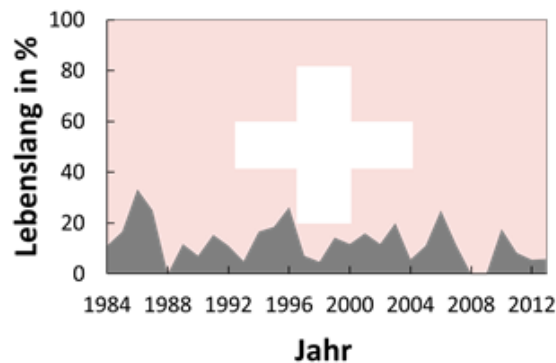
⁴³ Das Gesetz unterscheidet 2 Qualifikationsstufen, die beide als Rechtsfolge lebenslange Freiheitsstrafe vorsehen. Der Unterschied besteht in der Etikettierung als (schwerer) Totschlag – Art. 221-2 und 221-4) bzw. – Art. 221-3, Tötung mit Vorbedacht – als Mord. Mindeststrafe und damit weiter Strafraumen ergeben sich aus dem Allgemeinen Teil.

⁴⁴ Letzteres bei Zusammentreffen mehrerer qualifizierender Merkmale.

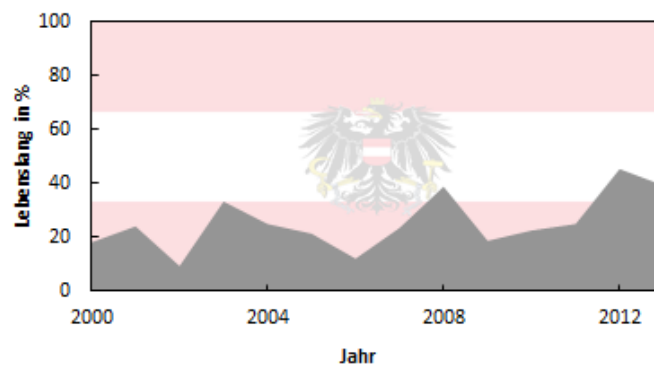
⁴⁵ Mordstrafdrohung (und -tatbestand) geändert mit Wirkung 1.1.1990, vorher obligatorische lebenslange Freiheitsstrafe.

Im Hinblick auf die aktuelle Diskussion in Deutschland über eine etwaige künftige Aufhebung der absolut-exklusiven Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe für Mord sei hier noch der Anteil der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe in Österreich und der Schweiz dargestellt. Dabei erscheint bemerkenswert, dass die Aufhebung der absoluten Androhung in der Schweiz (1990) dort nicht zu einer wesentlichen Änderung der Sanktionierungspraxis geführt hat, dass der Anteil der lebenslangen Freiheitsstrafe im zweistufig-privilegierungsbezogenen österreichischen Modell sogar eher höher ausfällt und dass über den Beobachtungszeitraum in beiden Ländern keine „Erosion“ der Verhängung der möglichen Höchststrafe festgestellt werden kann:

Anteil der wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten/Schweiz



Anteil der wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten/Österreich



3. Privilegierende Merkmale

Land	Formulierung des allgemeinen Milderungstatbestands	Rechtsfolge
Belgien	Art. 411 CP: Tötungen und Körperverletzungen sind entschuldigbar, wenn sie unmittelbar durch schwere Gewalttätigkeiten gegenüber Personen herbeigeführt worden sind.	FS 1-5 J od. Geldbuße 100-500 €
Finnland	Kap 21 §3: Wenn ein Totschlag mit Rücksicht auf außerordentliche Umstände bei der Begehung der Straftat, die Beweggründe des Täters oder andere Umstände im Zusammenhang mit der Straftat bei einer Gesamtwürdigung unter mildernden Umständen begangen worden ist	FS 4-10 J
Österreich	§ 76 StGB: Wer sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten	FS 5-10 J
Portugal	Art. 133 Wer unter dem Einfluss einer nachvollziehbaren starken Emotion, aus Mitleid, Verzweiflung oder aus einem sozial oder moralisch wertvollen Grund tötet, wenn diese Umstände die Schuld erheblich mindern; daneben Besondere Milderungsgründe gem. Art. 72 f. PCP möglich	FS 1-5 J
Russ. Föderation ⁴⁶	Art. 107 StGB: Eine Tötung, die im Zustand einer plötzlich entstandenen starken seelischen Erregung (Affekt) begangen wurde, die durch Gewalt, Verhöhnung oder eine schwere Beleidigung seitens des Verletzten, oder durch sonstige rechtswidrige oder unmoralische Handlungen (Unterlassen) des Verletzten sowie durch eine langdauernde psychotraumatische Situation hervorgerufen wurde, die im Zusammenhang mit einem systematischen rechtswidrigen oder unmoralischen Verhalten des Verletzten entstanden ist	FS/FB ⁴⁷ bis 3 Jahre
Russ. Föderation	Art. 108 StGB: (1) Tötung in Überschreitung der notwendigen Abwehr (2) Tötung in Überschreitung der für eine Festnahme eines Täters notwendigen Maßnahmen	FB/FS bis 2 J FB/FS bis 3 J
Tschechische Republik	§ 141 Abs. 1: Wer einen anderen in starker Erregung aus Angst, Schrecken, Verwirrung oder aufgrund einer anderen entschuldbaren Gemütsregung vorsätzlich tötet, oder infolge eines vorangegangenen verwerflichen Verhaltens der getöteten Person, ...	Grundtb: FS 3-10 J. Abs. 2: FS 5-15 J. (Tat gegen 2 od. mehr Personen, an Schwangerer od. an Kind unter 15 J.)

⁴⁶ Zusätzlich strafmildernde Strafrahmenänderung nach AT möglich (Art. 64 f. russ. StGB).

⁴⁷ FB = Freiheitsbeschränkung (vgl. Art. 53 russ. StGB – mildere Form des Freiheitsentzugs „in einer speziellen Anstalt“).

III. Die (milder sanktionierten) Sondertatbestände

1. Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid

Land	(Grund-)Tatbestand	Sanktion
Dänemark	Wer daran mitwirkt, dass ein anderer sich selbst das Leben nimmt	Geldstrafe oder FS bis zu 3 J.
Frankreich	Wer einen anderen zur Selbsttötung anstiftet, ... wenn die Anstiftung eine Selbsttötung oder einen Selbsttötungsversuch zur Folge hatte	Gefängnis ≤ 3 J/Geldstr. ≤ 45.000 €, bei unter 15 Jahre altem Opfer Gefängnis ≤ 5 J/Geldstr. ≤75.000 €
Italien	Wer andere zum Selbstmord bestimmt, sie im Entschluss zum Selbstmord bestärkt oder dessen Ausführung in irgendeiner Weise Vorschub leistet	wenn Selbstmord geschieht: FS 5-12 Jahre; wenn Selbstmord nur versucht, aber mit der Folge mindestens schwerer Körperverletzung: FS 1-5 J.
Niederlande	Wer vorsätzlich einen anderen zum Selbstmord antreibt, ihm dabei behilflich ist oder ihm die Mittel dazu verschafft, ..., wenn der Selbstmord erfolgt	FS ≤ 3 J.
Österreich	Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet	FS zw. 6 Monaten u. 5 J.
Polen	Wer durch Überredung oder durch Hilfeleistung einen Menschen veranlasst, Hand an sich zu legen	FS zw. 3 Monaten und 5 J.
Portugal	Wer eine andere Person zur Selbsttötung anstiftet oder ihr zu diesem Zweck Hilfe leistet (und) ... die Selbsttötung tatsächlich versucht oder vollendet wurde	Grundtatbestand FS bis 3 J.; bei Tatbegehung ggf. Person < 16 J. oder mit erheblich gemindertem Urteils- oder Selbstbestimmungsvermögen FS 1-5 J.
Rumänien	Bestimmung oder Hilfeleistung zum Suizid einer Person, wenn der Suizid stattgefunden hat	Grundtatbestand FS 3-7 Jahre 2 opferbezogene Qualifikationsstufen (FS 5-10 bzw. 10-20 J.); Privilegierung bei gescheitertem Suizidversuch
Russ. Föderation	Die Veranlassung einer Person zum Selbstmord oder zum Selbstmordversuch durch Drohungen, grausame Behandlung oder systematische Herabsetzung der Menschenwürde des Verletzten	FB bis 3 J od. FS bis 5 J.
Schweiz	Wer aus selbstsüchtigen Beweggründen jemanden zum Selbstmorde verleitet oder ihm dazu Hilfe leistet, ..., wenn der Selbstmord ausgeführt oder versucht wurde, ...	FS bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe
Spanien	Wer zur Selbsttötung eines anderen anstiftet Wer durch unentbehrliche Handlungen an	FS 4-8 J, wenn Opfer zu Tode kommt, 6-10 J FS 2-5 J, wenn Opfer zu Tode

	der Selbsttötung eines anderen mitwirkt	kommt, 6-10 J
Tschechische Republik	2 Qualifizierungsstufen: Wer einen anderen zur Selbsttötung anstiftet oder einem anderen zur Selbsttötung Beihilfe leistet, wird, wenn es mindestens zu einem Selbsttötungsversuch gekommen ist	Grundtb. FS bis zu 3 Jahre Tatbegehung an Kind oder Schwangerer: FS 2-8 J.; Tatbegehung an Kind < 15 J. oder an einer unter einer seelischen Störung leidenden Person: FS 5-12 Jahre
Türkei	Wer einen anderen zum Selbstmord anstiftet oder ermutigt, den Entschluss eines anderen zum Selbstmord bestärkt oder einem anderen bei seinem Selbstmord in irgendeiner Weise Hilfe leistet	Grundtb. Gefängnis 2-5 J. Qual., wenn Selbstmord begangen wird: 4-10 J. ⁴⁸

2. Straftatbestände betr. Kindestötung

Land	Tatbestand	Sanktion
Dänemark	Tötet eine Mutter ihr Kind während oder gleich nach der Geburt und ist zu vermuten, dass sie in Not, aus Furcht vor Schande oder unter Einwirkung einer durch die Geburt hervorgerufenen Schwächung, Verwirrung oder Ratlosigkeit getötet hat	FS bis zu 4 Jahren
Finnland	Eine Frau, die im Zustand der Erschöpfung oder Bedrängnis aufgrund der Niederkunft ihr Kind tötet	FS 4 Mon. bis 4 J.
Frankreich	--	--
Italien (vor 1981)	Wer ein neugeborenes Kind unmittelbar nach der Geburt oder eine Leibesfrucht während der Geburt tötet, um seine eigene Ehre oder die eines nahen Angehörigen zu retten	FS 3-10 J.
Italien (ab 1981)	„Eine Mutter, die ihr neugeborenes Kind unmittelbar nach der Geburt oder eine Leibesfrucht während der Geburt tötet, ... wenn die Tat durch materielle und seelische Not bedingt ist, die mit der Geburt im Zusammenhang steht	FS 4-12 J.
Niederlande	2 Tatbestände: a) Eine Mutter, die unter dem Einfluss der Furcht vor der Entdeckung ihrer bevorstehenden Niederkunft ihrem Kind bei oder kurz nach der Geburt vorsätzlich das Leben nimmt b) Eine Mutter, die zur Ausführung eines unter dem Einfluss der Furcht vor der Entdeckung ihrer bevorstehenden Niederkunft gefassten Entschlusses ihrem Kind bei oder kurz nach der Geburt vorsätzlich das Leben nimmt	a) FS ≤ 6 J. b) FS ≤ 9 J.

⁴⁸ Daneben : Öffentliche Aufforderung anderer zum Suizid: Gefängnis 3-8 J. (Art. 84 Abs. 3); ausdrückliche Klarstellung, dass Verleitung Einsichtsunfähiger oder Tatbegehung mit Gewalt oder Drohung Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher Tötung nach sich zieht (Abs. 4).

Österreich	Eine Mutter, die das Kind während der Geburt oder solange sie noch unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs steht, tötet	FS 1-5 J.
Polen	Eine Mutter, die ihr neugeborenes Kind während der Geburt infolge des Geburtsvorgangs tötet	FS zw. 3 Mon. u. 5 J.
Portugal	Eine Mutter, die ihr Kind während oder unmittelbar nach der Entbindung tötet, während sie noch unter deren verwirrendem Einfluss steht	FS 1-5 J.
Rumänien	-- (2014 abgeschafft)	--
Russ. Föderation	Die Tötung eines neugeborenen Kindes durch die Mutter während oder sofort nach der Geburt sowie die Tötung eines neugeborenen Kindes durch die Mutter unter den Bedingungen einer psychotraumatischen Situation oder im Zustand einer psychischen Störung, die die Schuldfähigkeit nicht ausschließt	FS bis 5 J.
Schweiz	Tötet eine Mutter ihr Kind während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht	FS bis zu 3 J. od. Geldstrafe
Spanien	--	
Tschech. Rep.	Eine Mutter, die bei der Geburt oder unmittelbar danach in einer durch die Geburt hervorgerufenen Erregung ihr Neugeborenes vorsätzlich tötet	FS 3 bis 8 J.
Türkei	-- (2004 abgeschafft)	--

3. Straftatbestände betr. Tötung auf Verlangen

Land	Tatbestand	Sanktion
Dänemark	Wer einen anderen auf dessen bestimmtes Verlangen tötet	FS bis 3 J.
Frankreich	--	--
Italien	Wer einen Menschen mit dessen Einwilligung tötet	FS 6-15 J., aber Art. 575 ff., wenn Tat gegen einen Minderjährigen <18 J. oder Geisteskranken begangen wird oder gegen eine Person, deren Einwilligung erpresst oder erschlichen wurde
Niederlande	Wer einem anderen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen das Leben nimmt	FS bis 12 J., wenn nicht zulässige Sterbehilfe
Österreich	Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet	FS 6 Mon. bis 5 J.
Polen	Wer einen Menschen auf dessen Verlangen und aus Mitleid tötet	FS 3 Mon. bis 5 J., in Ausnahmefällen außerordentliche Strafmilderung oder Absehen von Strafe
Portugal	... wenn er durch das ernstliche, drängende und ausdrückliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist	FS bis 3 J.
Rumänien	Tötung auf ausdrückliches, ernsthaftes, bewusstes und wiederholtes Verlangen des Opfers, das an einer unheilbaren Krankheit leidet oder an einer schweren Beeinträchtigung, die ärztlich bestätigt wurde, fortwährende Leiden verursacht und schwer auszuhalten ist“	FS 1 bis 5 J.
Russ. Föderation	--	
Schweiz	Wer aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet	FS bis zu 3 J. od. Geldstrafe
Spanien	Art. 143 Abs. 4 CP (privilegierte Form der Mitwirkung am Suizid), + Opfer leidet an schwerer, zwangsläufig tödlich verlaufender Krankheit	FS 6 Mon. bis 5 J. bzw. FS 18 Mon. bis 10 J.
Tschech. Rep.	--	
Türkei	--	

Resümee

Bei rechtsvergleichender Gesamtschau ergibt sich ein recht buntes Bild im Hinblick auf die Struktur der Tötungsdelikte, die qualifizierenden wie die privilegierenden Merkmale und die Rechtsfolgen. Besonders häufig anzutreffen sind dreistufige Modelle mit Grundtatbestand, Qualifikation und Privilegierung.

Bemerkenswert erscheint, dass mit der Bezeichnung „Mord“ zwar jeweils die schwersten Fälle vorsätzlicher Tötung miterfasst werden, dass dieser Terminus aber keineswegs zwingend nur für qualifizierte Fälle Verwendung findet, sondern z.B. auch im zweistufig-privilegierungsbezogenen Modell (Österreich) vorkommt.

Auffallend ist, dass einerseits die gesonderte Privilegierung von Kindestötung, Tötung auf Verlangen und Mitwirkung am Suizid eine der am häufigsten anzutreffenden Gemeinsamkeiten darstellt, dass aber dabei die Rechtsfolgen und damit das Ausmaß der Privilegierung ziemlich stark differieren.

Aspekte, die in der anstehenden deutschen Reformdiskussion voraussichtlich keine Rolle spielen und für das Verständnis der Grundlagen nicht wesentlich erscheinen, blieben in dieser Analyse unberücksichtigt. Hierzu zählen z.B. die systematische Stellung innerhalb des Besonderen Teils, die Strafbarkeit des Versuchs bzw. der Vorbereitung, oder die Möglichkeit der Verhängung zusätzlicher (Ehren-)Strafen.

7. RA Prof. Dr. Stefan König

Empfehlen sich prozessuale Folgeregulungen?

Fragestellung:

Ich fasse den Gutachtauftrag dahingehend auf, dass zum einen Vorschläge zu einer Reform des Strafverfahrensrechts diskutiert werden sollen, die in Zusammenhang mit einer Reform der Tötungsdeliktsnormen unterbreitet werden können (oder müssen). Zum anderen soll es – im engeren Sinne – darum gehen, ob die *materiellen* Reformvorschläge (oder einzelne von ihnen) Anlass zu prozessualen Folgeregulungen geben.

Stellungnahme:

A. Vorbemerkung:

I.

Ich befasse mich mit Notwendigkeiten einer Reform von Regelungen für das Ermittlungsverfahren und die Hauptverhandlung.

- Im Ermittlungsverfahren geht es mir um verbesserte (audio-visuelle) Dokumentation von Vernehmungen sowie um eine Vorverlagerung der Notwendigkeit von Verteidigung bei Tötungsvorwürfen.
- In der Hauptverhandlung geht es um deren Zweiteilung durch ein Tat- oder Schuldinterlokut.

Einige der im Folgenden aufgeworfenen Fragen sind – freilich mit Blick auf ihre Bedeutung für das gesamte Strafverfahren - in der parallel tagenden Expertenkommission zur „Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ (im Folgenden: StPO-Kommission) bereits Gegenstand von mehreren Gutachten und ausführlichen Diskussionen gewesen, die bislang nicht abgeschlossen sind. Das gilt sowohl für Überlegungen zur Ausweitung der Voraussetzungen audio-visueller Dokumentation im Ermittlungsverfahren als auch für Vorschläge stärkerer Partizipation der Verteidigung in diesem Verfahrensstadium. Hinsichtlich der Hauptverhandlung hat sich die StPO-Kommission sowohl mit der Frage einer Aufzeichnung auf Bild-Tonträger für Verfahrenszwecke (diesen Gesichtspunkt werde ich in diesem Gutachten lediglich streifen, jedoch

nicht vertiefen) als auch mit der Zweiteilung der Hauptverhandlung befasst. Auch insoweit sind die Diskussionen noch nicht abgeschlossen.

Diese thematisch ohnehin nicht vermeidbare Überschneidung der folgenden Ausführungen mit den Beratungen in der StPO-Kommission hindert aber nicht die Befassung mit den aufgeworfenen Problemen auch an dieser Stelle. Im Gegenteil: Der Blick hierauf aus der besonderen Perspektive von Verfahren, in denen es um den Vorwurf von Tötungsverbrechen geht, kann zur Lösung der Problematik bereichsspezifische Beiträge und Empfehlungen hervorbringen. Auch um solche bemühe ich mich in den folgenden Ausführungen.

II.

Ich empfehle Änderungen im Verfahrensrecht in den Abschnitten Ermittlungsverfahren und Hauptverfahren. Ich halte (zumindest) in Verfahren wegen des Vorwurfs von vorsätzlichen Tötungsdelikten die audio-visuelle Dokumentation von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, eine Erweiterung der Notwendigkeit von Verteidigung sowie eine Zweiteilung der Hauptverhandlung für erforderlich.

B. Zu den einzelnen Vorschlägen:

I. Ermittlungsverfahren:

1. Verpflichtung zu audio-visueller Dokumentation von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen?

a. Geltendes Recht.

Die audiovisuelle Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen ist nach geltendem Recht *möglich* (§§ 58a, 161a, 163, 163a StPO). Bei der Vernehmung von Zeugen *soll* sie bei besonderer Schutzbedürftigkeit des Zeugen oder dann erfolgen, wenn der Verlust des Beweismittels zu befürchten ist (§ 58 a Abs. 1 S. 2 StPO). Eine *Verpflichtung* zur audiovisuellen Dokumentation sieht das geltende Recht weder beim Zeugen noch beim Beschuldigten vor.

b. Die rechtspolitische Diskussion.

Insbesondere von anwaltlicher Seite wird seit langem und mit fast gebetsmühlenhafter Beharrlichkeit die Einführung einer gesetzlichen *Verpflichtung* gefordert, Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen – und zwar unabhängig von Qualität oder Gewicht der Vorwürfe - audiovisuell zu dokumentieren.

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat im Jahr 2010 bis zur Ausarbeitung eines Gesetzgebungsvorschlags mit Begründungen ausgereifte Überlegungen mit seinem Entwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ (im Folgenden: BRAK-Entwurf) vorgelegt¹. Der Gesetzgeber hat die dort unterbreiteten Vorschläge bislang nicht aufgegriffen.

Der Entwurf sieht vor, die Fälle, in denen *Zeugen*vernehmungen audio-visuell dokumentiert werden *sollen* um solche zu erweitern, in denen

„abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 (StPO) notwendig sein und der Aussage des Zeugen im Verfahren eine erhebliche Bedeutung zukommen wird.“

§ 58a Abs. 1 S.2 StPO soll um den Satz ergänzt werden:

„In den Fällen von S. 2 Nr. 3 ist die Vernehmung aufzuzeichnen, wenn abzusehen ist, dass der Aussage eines Zeugen ausschlaggebende Bedeutung zukommen wird.“²

§ 58a Abs. 1 StPO soll ein neuer Absatz 2 mit dem Wortlaut angefügt werden:

„Wer die Bild-Ton-Aufzeichnung erstellt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, ob und mit welchem Inhalt verfahrensbezogene Gespräche mit dem Zeugen außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. Der Zeuge erhält Gelegenheit, sich hierzu zu erklären.“

¹ BRAK-Mitt. 2/2010, 60 ff.; vgl. dazu den Aufsatz der Mitverfasser des Entwurfs *Brauneisen/Nack/Park* in NStZ 2011, 310 ff.; der 39. Strafverteidigertag am 6./7./8.3.2015 hat (u.a.) die Forderung einer „zwingenden audiovisuellen Dokumentation sämtlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren“ beschlossen; ein weiterer Entwurf mit ähnlichen, etwas „weicheeren“ Vorgaben liegt vor im „Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme“ des Arbeitskreises AE, GA 2014, 1 ff., 7 ff., dort §§ 58a, 136, 163a StPO-E.

² Zu den weiteren Einzelheiten vgl. Stellungnahme 1/2010 des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, dort S. 8 ff.

Der jetzige Abs.2 wird Abs.3.

Hinsichtlich der Vernehmung von *Beschuldigten* soll § 136 StPO wie folgt geändert werden:

Nach Abs. 3 werden folgende Abs. 4 und 5 angefügt:

„(4) Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Sie ist aufzuzeichnen, wenn abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird.

(5) § 58 a Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.“³

c. Überlegungen zur Erforderlichkeit audio-visueller Dokumentation in Verfahren wegen des Vorwurfs von vorsätzlichen Tötungsdelikten

Es dürfte grundsätzlich außer Frage stehen, dass die *audiovisuelle* Aufzeichnung einer Vernehmung eine der Vernehmungsniederschrift überlegene, weil objektivere und vollständige Dokumentation von Gang und Inhalt der Bekundungen der vernommenen Person und auch der an sie gerichteten Fragen darstellt. Das wird – soweit ersichtlich – von niemandem ernstlich bezweifelt.⁴

aa. Vernehmung des Beschuldigten

Für die Vernehmung des Beschuldigten ist dabei folgendes zu bedenken:

Die Notwendigkeit audiovisueller Dokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen in Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfs vorsätzlicher Tötungsverbrechen ergibt sich – über die grundsätzlich bestehende Notwendigkeit solcher Aufzeichnungen hinausgehend - aus mehreren Gesichtspunkten:

– Angesichts der Schwere des erhobenen Vorwurfs und angesichts der Höhe der im Fall

³ Stellungnahme 1/2010, S. 9; zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Entwurfs galt § 163 a Abs. 1 in der jetzt geltenden Fassung noch nicht.

⁴ Vgl. dazu nur (für viele) *Brauneisen/Nack/Park* a.a.O. m. Nachw.

seiner Erwiesenheit möglichen Sanktion oder der drohenden Maßregeln ist eine möglichst präzise Entscheidungsgrundlage für die über den Abschluss der Ermittlungen entscheidende Staatsanwaltschaft und erst recht für das später erkennende Gericht unverzichtbar;

– die Komplexität der durch Rechtsprechung und Literatur weit ausdifferenzierten Mordmerkmale des *geltenden* Rechts macht eine Dokumentation des genauen (tatsächlichen) Wortlauts der Aussage des Beschuldigten und des Ablaufs der Vernehmung erforderlich. Das gilt namentlich für die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe, bei denen es entscheidend auf die innere Einstellung des Beschuldigten zu der ihm vorgeworfenen Tat ankommt. Sie kommt in der Regel durch Äußerungen des Beschuldigten zur Kenntnis der Ermittler und des Gerichts und bedarf daher einer möglichst präzisen Konservierung, um fatale Fehlschlüsse zu vermeiden.

Es gilt aber auch für die Mordmerkmale der zweiten Gruppe nicht nur in Hinblick auf Modalitäten der Tatausführung, sondern auch in Hinblick auf die innere Einstellung zur Tat (Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein? Grausamkeit: gefühllose und mitleidlose Gesinnung?).

Die Untersuchung von Rasch/Hinz⁵ (1980) hat deutlich gemacht, dass der ermittelnde Kriminalbeamte, der vor der Aufgabe steht, Staatsanwaltschaft und Gericht eine Beurteilungsgrundlage für die Frage zu liefern, ob ein Tötungsdelikt, das einem Beschuldigten zur Last liegt, ein Mord- oder Totschlagsverbrechen sein kann, häufig versucht ist, einzelne Mordmerkmale bei der Vernehmung „herauszuarbeiten“.

Dabei besteht die Gefahr, dass die Filterung der Aussagen des Vernommenen durch die Wahrnehmung des Vernehmers sowie deren Übersetzung in eine aktenmäßige Sprache zu einer Verzerrung des tatsächlich Bekundeten in der Niederschrift führt, die dessen Sinn entstellt. Das kann schwerwiegende Folgen für den Beschuldigten und auch für das (dann un-) gerechte Urteil haben. An diesem Befund hat sich seit der Untersuchung von Rasch/Hinz grundsätzlich bis heute nichts geändert. Sowohl die materiellen als auch die prozessualen Bedingungen der Pönalisierung und der Aufklärung sind die gleichen geblieben. Der Befund von Rasch/Hinz ist durch spätere Untersuchungen, die nicht auf Verfahren wegen Tötungs-

⁵ Rasch/Hinz, Für den Tatbestand ermitteln, Kriminalistik 1980, 377 ff.

delikten konzentriert waren, bestätigt worden⁶. Die fortbestehende Fehleranfälligkeit von Vernehmungen gerade in diesem Bereich, die nicht selten unter erheblichem öffentlichen Erwartungsdruck stattfinden, haben spektakuläre Kriminalfälle der jüngeren Zeit – etwa der um das Verschwinden des Bauern *Rupp* in Ingolstadt⁷ oder das sog. *Pascal*-Verfahren in Saarbrücken⁸ - erneut deutlich werden lassen. Die von *Köhnken* anhand des *Pascal*-Verfahrens aufgelisteten Vernehmungsfehler (Ignorierung diskrepanter Informationen in der Vernehmung, selektive Interpretation mehrdeutiger Informationen, falsche Deutung des nichtsprachlichen Verhaltens⁹) lassen sich durch eine audio-visuelle Dokumentation zwar nicht vermeiden. Sie werden aber für den Entscheider nachvollziehbar und lassen sich aufdecken – mit ihnen auch die Zweifelhaftigkeit der in der Vernehmungsniederschrift dokumentierten Inhalte. Eine transparente Vernehmungssituation, die die audio-visuelle Dokumentation herstellen hilft, erlaubt es dem entscheidenden Richter, eine „auf den Punkt“ fragende, u.U. suggestive Befragung nachzuvollziehen und kritisch zu bewerten. Eine durch den Filter der Wahrnehmung und Formulierung der Vernehmungsperson gelaufene Vernehmungsniederschrift deckt dagegen solche Fehler in der Regel zu.

Die geschilderten Risiken der Vernehmung sind umso größer, wie das Vernehmungsinteresse durch ein tatbestandliches Raster vorgeprägt wird. Dieses Problem stellt sich selbstredend nicht nur beim Verdacht von Tötungsdelikten, kann dort aber zu besonders fatalen Konsequenzen führen, weil das „herausgearbeitete“ Mordmerkmal nach geltendem Recht die Entscheidung mit einer absoluten Rechtsfolge präjudizieren kann.

Die Ursachen für die vor dem Hintergrund der gegebenen Struktur der §§ 211, 212 StGB erhobenen Befunde würden auch durch ihre Ersetzung durch ein Regelbeispielsmodell nicht beseitigt, wie es etwa im Alternativ-Entwurf Leben¹⁰ oder in dem von Frau Rissing – van Saan vorgelegten Entwurf vorgeschlagen wird. Denn auch hier liegt es für die Vernehmungsperson nahe, das Vorliegen von die Regelbeispiele ausfüllenden äußeren und inneren Tatsachen zu erfragen. Aber auch dann, wenn sich der Gesetzgeber für ein Modell wie das vom DAV vorgeschlagene¹¹ oder das von Frau Grünewald präsentierte entscheiden sollte, die auf eine Umschreibung von Mord- bzw. sonst die Höchststrafe begründenden Merkmalen

⁶ Vgl. etwa *Kühne*, NSTZ 1985, 252, 255 oder die Dissertation von *Wulf*, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen, 1984

⁷ Vgl. dazu *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer, 2013, S. 94 ff.; instruktiv auch die Darstellung des Falles anhand einer Analyse der Verfahrensakten durch *Nestler*, ZIS 2014, 594 ff.

⁸ Vgl. dazu *Friedrichsen*, Im Zweifel gegen die Angeklagten, 2008; mit Nachwort von *Köhnken*

⁹ *Köhnken* aaO, S. 234 f.;

¹⁰ *Heine* et al., GA 2008, 193 ff.

¹¹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 01/2014 durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag; §§ 211, 212, 213 StGB

verzichten, ist eine möglichst präzise Dokumentation der Vernehmungssituation unverzichtbar, weil die in den Vorschläge vorgesehenen weiten Strafrahmen eine intensive Befassung mit der Täterpersönlichkeit und den Tatumständen verlangen.

Aber auch um den Vernehmenden vor dem ggf. unberechtigten Vorwurf einer Entstellung des wirklichen Vernehmungsinhalts zu schützen, ist eine audio-visuelle Dokumentation erforderlich.

Die Kommission sollte sich daher für eine gesetzliche Regelung aussprechen, nach der Beschuldigtenvernehmungen (jedenfalls!) in Verfahren, in denen der Vorwurf von Tötungsverbrechen erhoben wird, audiovisuell dokumentiert werden.

Der Umstand, dass die audiovisuelle Dokumentation stärker in das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten eingreift als die Niederschrift der Vernehmung, kann angesichts dessen Möglichkeit, unter Berufung auf sein Schweigerecht eine Vernehmungsaufzeichnung jederzeit zu verhindern, zurücktreten.

Die Verwendungsregelungen des geltenden § 58a Abs.2 und 3 StPO sind auf die Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten entsprechend anzuwenden. Das sieht schon jetzt § 163a Abs.1 S.2 StPO vor.

bb. Zeugenvernehmungen.

Was für die Vernehmung des *Beschuldigten* ausgeführt wurde, gilt grundsätzlich auch für die Vernehmung von *Zeugen*. Auch insofern ist – zumindest – davon auszugehen, dass das Gewicht des Vorwurfs und der möglichen Sanktion, aber auch das öffentliche Interesse an der Aufklärung von Kapitalverbrechen gerade in diesem Delikts(verdachts)bereich eine möglichst präzise Entscheidungsgrundlage erforderlich macht. Bleibt es bei einem mit spezifischen Tatbestandsmerkmalen umschriebenen Mordtatbestand (ggf. in veränderter Fassung, wie von *Ignor* vorgeschlagen) oder wird ein Regelbeispielmodell favorisiert, ergeben sich ähnliche Probleme bei der Vernehmung von Zeugen wie sie sich beim Beschuldigten stellen. Denn auch hier besteht die Gefahr, dass einzelne äußere, ggf. (z.B. über die Wiedergabe von Äußerungen des Beschuldigten gegenüber dem Zeugen) auch innere Tatsachen „herausgefragt“ werden.

Das lässt es aus meiner Sicht auch vertretbar erscheinen, hier eine Verpflichtung zur audiovisuellen Dokumentation *sämtlicher* förmlichen Zeugenvernehmungen zu konstituieren, zumal die im BRAK-Entwurf insoweit vorgeschlagene Beschränkung auf absehbar „ausschlaggebende“ Aussagen (i.S.d. § 59 Abs.1 StPO) einerseits zu eng¹², andererseits in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens schwer abgrenzbar erscheint.

Allerdings stellt sich das Problem des Eingriffes in die Persönlichkeitsrechte beim Zeugen anders als beim Beschuldigten. Denn der Zeuge kann sich – jedenfalls bei staatsanwaltlichen oder richterlichen Vernehmungen – nur dann einer Vernehmung (und deren ggf. audiovisueller Dokumentation) entziehen, wenn er über ein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht verfügt. Das ist bei den meisten Zeugen nicht der Fall. Angesichts des bei Tötungsdelikten bestehenden besonderen öffentlichen Interesses an der Aufklärung der Tat auf möglichst gesicherter Erkenntnisgrundlage dürfte jedoch von einem grundsätzlichen Überwiegen dieses Interesses gegenüber den Persönlichkeitsrechten des Zeugen auszugehen sein. Die Verwendungsregeln des geltenden § 58a Abs.2 und 3 StPO sind beizubehalten.

d. Fazit I

Ich empfehle daher, unter den genannten Maßgaben eine Verpflichtung in das Gesetz aufzunehmen, (jedenfalls) in Fällen des Vorwurfs von Tötungsverbrechen die Vernehmung von Beschuldigten und Zeugen audiovisuell zu dokumentieren. Kostenerwägungen sind angesichts der überschaubaren Anzahl der in Betracht kommenden Fälle zu vernachlässigen.

Fragen des Transfers der Vernehmungskonserven bedürfen keiner bereichsspezifischen Betrachtung aus der Sicht von Verfahren über Tötungsdeliktswürfe, weil sich keine besonderen Probleme stellen. Diese Fragen stellen sich grundsätzlich. Auch mit ihnen befasst sich die StPO-Kommission.

2. Notwendige Verteidigung; Anwesenheitsrechte.

a. Notwendige Verteidigung

Aus den zur Notwendigkeit einer authentischen Dokumentation dargelegten Gründen ergibt sich nahezu zwangsläufig auch das Erfordernis einer Ausweitung (Vorverlagerung) der Vo-

¹² Es muss sich um Aussagen handeln, die für eine entscheidungserhebliche Tatsache das alleinige Beweismittel, das „Zünglein an der Waage“, darstellen; vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 57.A., § 59 Rz. 3.

raussetzungen notwendiger Verteidigung (zumindest) in Kapitalstrafverfahren. Denn selbst dann, wenn durch die audio-visuelle Dokumentation nachvollziehbar wird, ob sich die geschilderte Gefahr einer Befragung realisiert, die „für den Tatbestand“ ermittelt, wird das Resultat eines solchen fehlgeleiteten Bemühens durch seine Transparenz nicht unverwertbar. Der Streit darüber, was *wirklich* geschehen ist und was gewollt war, wird auch durch die Ton-Bild-Aufzeichnung nicht ausgeschlossen, wenn nicht – soweit möglich – Sorge dafür getragen wird, dass eine einseitige, ggf. tendenziöse Befragung von vorneherein unterbleibt. Um dies zu gewährleisten, ist eine **Mitwirkung eines Verteidigers schon bei der ersten und bei allen weiteren Befragungen des Beschuldigten** in den hier interessierenden Fällen **notwendig**.¹³

Nach geltender Rechtslage liegt in den Fällen, in denen die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet (§ 140 Abs.1 Nr. StPO) oder dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird (§ 140 Abs.1 Nr.2 StPO), zwar schon jetzt ein Fall notwendiger Verteidigung vor. Dem unverteidigten Angeklagten muss im Ermittlungsverfahren aber erst dann ein Verteidiger beigeordnet werden, wenn gegen ihn Untersuchungshaft nach §§ 112, 112a StPO oder einstweilige Unterbringung nach §§ 126a oder 275a Abs.6 StPO vollstreckt wird (§ 140 Abs.1 Nr. 4 StPO). Im Übrigen *kann* das in diesem Verfahrensstadium dann geschehen, wenn die Staatsanwaltschaft es beantragt¹⁴. Die Kontroverse darüber, in welchen Fällen ein solcher Antrag ggf. gestellt werden muss, soll hier nicht vertieft werden. Dass in *allen* Fällen, in denen gegen den Beschuldigten der Vorwurf eines Tötungsdelikts nach §§ 211, 212, 213 StGB erhoben wird, dem Unverteidigten ein Verteidiger zu bestellen ist, wird, soweit ersichtlich, bislang nicht vertreten.

Der Deutsche Anwaltverein hat im Jahr 2006 in einem Entwurf für eine Reform des Ermittlungsverfahrens¹⁵ eine Vorverlagerung der notwendigen Mitwirkung von Verteidigung auf den Zeitpunkt der ersten Vernehmung des Beschuldigten u.a. in den Fällen vorgeschlagen, in denen ersichtlich ist, dass die spätere Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder dem Schöffengericht stattfinden wird.

¹³ Die Analyse der Verfahrensakten im Fall des Bauern *Rupp* bringt auch *Nestler* zu dem Ergebnis, dass Verteidigung schon bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten (jedenfalls) bei schweren Tatvorwürfen notwendig sein muss. *Nestler* a.a.O. 600.

¹⁴ str., vgl. zum Meinungsstand M-G/*Schmitt*, § 141 StPO Rz. 5, und LR-*Lüderssen/Jahn*, § 140 StPO Rz. 24

¹⁵ Entwurf für eine Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, herausgegeben durch den Strafrechtsausschuss und die Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins; Stellungnahme Nr. 51/2005 (Nachfolgend: Entwurf)

Notwendige Verteidigung bedeutet freilich immer auch einen Eingriff in die Autonomie des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen. Es lasse sich aber, so die Begründung des Entwurfs,

„sagen, dass in bestimmten Fallkonstellationen der Staat Anlass hat, zu garantieren, dass ein Beschuldiger bereits zu einem möglichst frühen Zeitpunkt einen Verteidiger konsultiert (§ 137 StPO). Damit sollen die Mindestbedingungen geschaffen werden, derer ein Beschuldiger bedarf, um ein vernünftiges Verteidigungskonzept entwickeln und umsetzen zu können. In diesen Fallkonstellationen, in denen das Gleichgewicht der Kräfte zwischen staatlicher Strafverfolgung und Freiheitsinteresse des Beschuldigten wegen besonderer Bedingungen gestört ist, muss der Staat von sich aus die Verteidigung stärken ...notfalls durch die Anordnung notwendiger Verteidigung.“¹⁶

Diese Voraussetzungen sehe ich jedenfalls in den Fällen, in denen ein Beschuldiger, dem ein vorsätzliches Tötungsverbrechen vorgeworfen wird, als solcher vernommen wird. Die Gründe hierfür sind oben dargelegt. Besonders in diesem Deliktsbereich ist frühzeitige (notwendige) Verteidigung zur Gewährleistung der Subjektstellung des Beschuldigten unabdingbar.

Zu ergänzen ist an dieser Stelle der Hinweis auf die Überlegungen, die derzeit auf europäischer Ebene im Rahmen der Erarbeitung einer Richtlinie zu „legal aid“ dazu angestellt werden, ab wann „legal aid“ für die Hinzuziehung eines Verteidigers gewährt werden soll. Im „working document“ des Europäischen Rates vom 11.02.2015 ist vorgesehen, dem festgenommenen Beschuldigten einen Anspruch auf „provisional legal aid“ spätestens vor der ersten Vernehmung zu gewähren.¹⁷ Damit ist zwar lediglich eine Aussage zum Zeitpunkt der Gewährung von (vorläufiger) Prozesskostenhilfe getroffen, nicht jedoch zur (zwingenden) Notwendigkeit von Verteidigung, auch nicht zu möglichen Anwesenheitsrechten. Es wird aber deutlich, welche Bedeutung frühzeitiger Verteidigung auf europäischer Ebene jedenfalls in solchen Fällen beigemessen wird, in denen der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß ist. Aus den oben geschilderten Gründen muss das besonders bei den hier interessierenden Vorwür-

¹⁶ Entwurf, S. 11 f.

¹⁷ „Member States should therefore ensure that when the person is deprived of liberty effective provisional legal aid is available without undue delay and at the latest before questioning.“ Working Document des Council of Europe vom 11.02.2015, 2013/0409 (COD)

fen gelten, folgerichtig allerdings unabhängig von der Frage, ob der Beschuldigte sich bei der Vernehmung auf freiem Fuß befindet. In dem meisten Fällen wird das ohnehin nicht der Fall sein.

b. Anwesenheitsrecht

Flankierend zu der Erweiterung der notwendigen Mitwirkung von Verteidigung ab dem Zeitpunkt der Erstvernehmung ergibt sich zwingend ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der Vernehmung des *Beschuldigten*.

3. Fazit II.

Ich empfehle, die Notwendigkeit der Mitwirkung von Verteidigung ab der ersten Vernehmung des Beschuldigten jedenfalls in den Fällen vorzusehen, in denen der Vorwurf eines vorsätzlichen Tötungsverbrechens erhoben wird. Entsprechend ist in § 163a StPO vorzusehen, dass (jedenfalls) in den genannten Fällen die Verteidigung ein Anwesenheitsrecht bei den Vernehmungen *des Beschuldigten* hat.

II. Hauptverhandlung

1. Audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung?

Ich sehe davon ab, die Frage zu thematisieren, ob sich auch die audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung in Verfahren im hier interessierenden Bereich empfiehlt. Ich bejahe die Frage. Ihre Behandlung macht es aber erforderlich, auch das Problem zu vertiefen, welche Auswirkungen sich daraus für das Revisionsverfahren ergeben. Das sprengt den Rahmen dieses Referats. Die Frage beschäftigt die parallel tagende StPO-Kommission, deren Ergebnisse abgewartet werden sollten.

2. Zweiteilung der Hauptverhandlung – Tat- oder Schuldinterlokut?

Dem Tat- bzw. Schuldinterlokut liegt der Gedanke einer Teilung der Hauptverhandlung in zwei Abschnitte zugrunde. In dem **ersten Abschnitt** wird entweder allein über die Frage verhandelt, ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte(n) Tat(en) begangen hat oder nicht (sog. Tatverhandlung mit dem Ziel eines *Tatinterlokuts*) bzw. darüber, ob er (auch) insoweit vorwerfbar, also schuldhaft gehandelt (mit dem Ziel eines *Schuldinterlokuts*) hat. Am Ende des ersten Abschnitts steht entweder ein Freispruch oder die Einstellung des Verfahrens oder

eine Zwischenentscheidung, (Interlokut i.e.S., häufig „Zwischenbescheid“ genannt), der je nach vertretenem Modell Bindungswirkung zukommt. Im zweiten Abschnitt wird über die Rechtsfolgen der im ersten Abschnitt festgestellten Tat (ggf. - beim Schuldinterlokut – auch Schuld) verhandelt.

Auch der Gedanke eines „Tatschuldinterlokuts“ sowie eines Lokuts¹⁸ wurde vertreten, ebenso derjenige einer Dreiteilung der Hauptverhandlung durch Tatinterlokut, Schuldinterlokut und Rechtsfolgenverhandlung¹⁹. Einzelheiten hierzu müssen hier nicht interessieren.

a. RStPO – StPO-CH - oeStPO

Vor einer Erörterung der Frage, ob sich eine Zweiteilung der Hauptverhandlung (zumindest) im Bereich von Verfahren über Vorwürfe von Tötungsverbrechen empfiehlt, gebe ich einen kurzen Überblick über die Geschichte der Diskussion dieses Verfahrensmodells, über frühere gesetzliche Regelungen und bestehende in anderen Ländern (Österreich, Schweiz), deren Verfahrensordnungen (ansonsten) der deutschen StPO ähnlich sind.

aa. RStPO bis zur Emminger-Reform

Die *RStPO* kannte in den §§ 276 ff. i.V.m. §§ 79 ff. GVG ein Schuldinterlokut im Verfahren vor den durch die Emminger-Reform 1924 abgeschafften Schwurgerichten, die als Geschworenengerichte tagten. In ihnen entschieden die Geschworenen über die Schuldfrage, die Berufsrichter über die Rechtsfolgen.

Das *JGG* enthält noch heute Elemente einer Zweiteilung in Schuldfeststellung und Sanktionsentscheidung, z. B. in §§ 27, 30, 62 *JGG*.

bb. StPO Schweiz

Die *Möglichkeit*, die Hauptverhandlung in zwei Abschnitte zu teilen, sieht die Strafprozessordnung der Schweiz in Art. 342 vor:

¹⁸ Vgl. dazu *Volter*, GA 1980, 81 ff, 96 f. und 100 ff.

¹⁹ Befürwortet wohl von *Schmid*, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2013, N 1326; ders. Schweizerische Strafprozessordnung, 2013, Art. 342 N 5.

„Art. 342 Zweiteilung der Hauptverhandlung

(1) Das Gericht kann auf Antrag der beschuldigten Person oder der Staatsanwaltschaft oder von Amtes wegen die Hauptverhandlung zweiteilen; dabei kann es bestimmen, dass:

a.

in einem ersten Verfahrensteil nur die Tat- und die Schuldfrage, in einem zweiten die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs behandelt werden; oder

b.

in einem ersten Verfahrensteil nur die Tatfrage und in einem zweiten die Schuldfrage sowie die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs behandelt werden.

(2) Die Entscheidung über die Zweiteilung der Hauptverhandlung ist nicht anfechtbar.

(3) Bei einer Zweiteilung dürfen die persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person nur im Falle eines Schuldspruchs zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, es sei denn, dass sie für die Frage des objektiven oder subjektiven Tatbestandes von Bedeutung sind.

(4) Die Entscheide über die Tat- und die Schuldfrage werden nach ihrer Beratung eröffnet, sind jedoch erst mit dem gesamten Urteil anfechtbar.“

Die Kommentierung zur schweizerischen Strafprozessordnung geht davon aus, das - grundsätzlich in allen Verfahren anwendbare – Interlokut eigne sich „typischerweise“ bei „gewichtigeren Anklagen“²⁰. Nach Mitteilungen schweizer Strafverteidiger spielt das Schuld- bzw. Tatinterlokut im schweizer Strafverfahren in der Praxis eine geringe Rolle. Es wird nur in sehr

²⁰ *Hauri*, Basler Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 342 Rz. 7 u. Verw. auf *Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung, 2013, Art. 342 N 2.

komplexen und umfangreichen Fällen ein Interlokut beantragt²¹. Mitgeteilt wurde mir auch, die Verteidigung zögere, einen solchen Antrag zu stellen, könne hieraus doch der Schluss gezogen werden, sie halte eine Tat- oder Schuldfeststellung für möglich. Besser sei es, sich in das sog. Verteidigungsdilemma manövrieren zu lassen und dann das Dilemma mitzuteilen. Es sei eher Sache des Gerichts, aus Fürsorgeerwägungen heraus das Tat- oder Schuldinterlokut anzuordnen.

Die Kommentierung geht davon aus, der Zwischenbescheid sei „absolut bindend“.²² Er ergeht als Urteil (§ 80 Abs.1 StPO-CH) und wird mündlich eröffnet und kurz begründet.²³ Die Anordnung des Interlokuts als sog. Vorfrage erfolgt nach Art. 339 Abs.2 lit. f. StPO-CH durch das Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung.²⁴

cc. StPO Österreich

§ 256 der österreichischen Strafprozessordnung lautet:

„(1) In der Regel ist in den Schlussvorträgen über alle im Urteil zu entscheidenden Fragen zu verhandeln.

(2) Doch steht es dem Vorsitzenden oder dem Schöffengericht (§ 238) frei zu verfügen, daß die Schlußvorträge über die Schuldfrage von denen über die Strafbestimmungen, über die privatrechtlichen Ansprüche und über die Prozeßkosten zu trennen seien. In diesen Fällen werden, nachdem das Schöffengericht über die Schuld des Angeklagten entschieden und seinen Ausspruch verkündet hat, neuerlich Schlußvorträge gehalten, die jedoch auf die noch zu entscheidenden Fragen einzuschränken sind.“

Zur Bedeutung des Schuldinterlokuts in der Praxis des österreichischen Strafverfahrens liegen mir – abgesehen von der oben wiedergegebenen skeptischen Beurteilung durch *Velten*²⁵ – keine Erkenntnisse vor.

²¹ vgl. auch die Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages am 06./07.02.2015 in Lübeck, Arbeitsgruppe 3 „Grundlagen der Hauptverhandlung“: Die Referenten *Velten* und *Meyer* berichteten, „dass die Einführung eines fakultativen Schuldinterlokuts in die Prozessordnungen der Schweiz und Österreichs zu keiner nennenswerten Veränderung der Verfahrenswirklichkeit geführt hat.“

²² *Hauri*, Art.342 Rz. 14.

²³ *Hauri*, a.a.O..

²⁴ *Hauri*, Art. 342 Rz. 10.

²⁵ Fn. 20

b. Die Diskussion in Deutschland seit 1925

Die Diskussion über eine Zweiteilung der Hauptverhandlung im deutschen Strafverfahren (auch außerhalb des Schwurgerichtsprozesses) wird seit langer Zeit geführt. Sie begann im Jahr 1925 und wurde nach einer Unterbrechung von den 30er bis Mitte der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts wieder aufgegriffen, um bis in die 90er Jahre hinein fortgeführt zu werden.²⁶ Im Zuge einer stärkeren Betonung des (Spezial-)Präventionsgedankens in der kriminalpolitischen Diskussion, verbunden mit einer stärkeren Fokussierung auf die Täterpersönlichkeit bei der Strafzumessung gewann sie zahlreiche Anhänger. Eine Vielzahl von Wissenschaftlern sprach sich dafür aus.²⁷ Berufsverbände von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten befürworteten sie.²⁸ Es wurden praktische Erprobungen durchgeführt und wissenschaftlich – mit ermutigenden Ergebnissen – ausgewertet.²⁹ Das wohl ausgereifteste Modell eines *Tatinterlokuts* haben die sog. Alternativprofessoren 1985 in ihrem „Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozessordnung: Reform der Hauptverhandlung“ vorgelegt.³⁰

Der Gesetzgeber hat die Vorschläge, die die breit geführte Diskussion hervorgebracht hat, bislang nicht aufgenommen. *Dahs* hat das in Hinblick auf das StPÄG 1964, in das das Schuldinterlokut habe aufgenommen werden sollen, damit erklärt, das „übergroße Programm der Novelle (habe) eine weitere Belastung damals nicht vertragen“ können.³¹

Im Lehrbuch zum Strafverfahrensrecht von *Roxin* wird noch in dessen 25. Auflage (1998) die Auffassung vertreten, eine Zweiteilung der Hauptverhandlung sei „im Prinzip dringend zu befürworten“.³² Das wird zum einen mit der zu vermeidenden Bloßstellung des Angeklagten begründet, die durch seine Persönlichkeit betreffende Ermittlungen in der öffentlichen Hauptverhandlung eintritt, bevor seine Schuld erwiesen ist. Hierdurch könne auch der Richter „in der Schuldfrage befangen“ gemacht werden. Zum anderen mache die erwünschte Hinwendung zu einem konsequenten Resozialisierungsstrafvollzug und zu sozialtherapeutischen

²⁶ Zur Entwicklung *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, 103 ff.

²⁷ Vgl. die Nachweise bei *Dahs* sen., Fn.3 und Arbeitskreis AE, 53.

²⁸ Die Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes 1975, die ständige Strafrechtskommission der Fachgruppe Richter und Staatsanwälte in der ÖTV 1975, hier zit. n. Arbeitskreis AE; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Rundschreiben Nr. 37/67 v. 10.7.1967, zit.n. *Dahs* sen. Fn. 4.

²⁹ Vgl. dazu die Untersuchungen von *Dölling*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung, Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten, 1978; *Schöch/Schreiber*, Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel? Erfahrungen mit der Erprobung eines informellen Schuldinterlokuts, ZRP 1978, 63 ff.; *Schunck*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung. Die Erprobung des informellen Tatinterlokuts bei Strafkammern, 1982; vgl. auch zu den Ergebnissen der Untersuchungen Alternativ-E, 57 f.

³⁰ Alternativ-Entwurf Novelle zur StPO: Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985

³¹ *Dahs* sen., NJW 1970, 1705. Lediglich der „Vertreter der Anwaltschaft“ in der Anhörung im Rechtsausschuss habe das Thema dort „zur Sprache bringen“ können. Der Ausschuss habe jedoch entschieden, „dass die Zeit für die Einführung des Schuldinterlokuts noch nicht gekommen sei“. (unter Verw. auf BT-Drucks. IV/1020, 6) *Dahs* fährt fort: „Diese ist jetzt gekommen.“

³² *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25.A., 1998, § 42 Rz. 60.

Maßnahmen es erforderlich, der Rechtsfolgenentscheidung einen eigenen Verfahrensabschnitt zu widmen. Seit der 26. Auflage, die von *Schünemann* mitverantwortet wird, ist diese Auffassung aufgegeben und der Ansicht gewichen, das Scheitern des spezialpräventiven Strafvollzugs, die (Rückkehr zu) Tatproportionalität und Rückfallverschärfung als zentralen Zumessungsparametern sowie die epidemische Verbreitung der Urteilsabsprachen hätten das Schuldinterlokut bedeutungslos werden lassen.³³

Der Gedanke einer Zweiteilung der Hauptverhandlung ist durch den Deutschen Anwaltverein in Zusammenhang mit seinem Vorschlag für eine Reform der Tötungsdeliktsnormen wiederbelebt worden.³⁴ Hier ergibt sich die Notwendigkeit der Einführung einer Zweiteilung der Hauptverhandlung bei Tötungsvorwürfen aus dem im DAV-Vorschlag enthaltenen weiten Strafraum von 5 Jahren bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe, der eine besonders sorgfältige Strafzumessung(sverhandlung) notwendig macht. Ein konkreter Gesetzesvorschlag ist hierzu bislang nicht unterbreitet worden.

c. Pro und contra

aa. Vorteile einer Zweiteilung der Hauptverhandlung:

Für die Zweiteilung der Hauptverhandlung streiten verschiedene Argumente:

- Sie dient dem **Schutz der Persönlichkeitsrechte** des Angeklagten. Solange noch ein Freispruch oder eine Einstellung des Verfahrens möglich erscheint, soll dem Angeklagten eine unnötige Bloßstellung durch eine Erörterung seiner persönlichen Lebensumstände, seines Vorlebens, ggf. auch seiner Vorstrafen erspart bleiben.
- Ein aus meiner Sicht wesentlicher Vorteil ist der Ausweg, den das Modell aus dem (von *Dahs* sen. a.a.O. sog.) „Antragsdilemma“ (andere sprechen vom „Verteidigungs-“ oder „Verteidigerdilemma“³⁵) eröffnet. Dieses Dilemma stellt sich dort, wo der Angeklagte – sei es schweigend, sei es bestreitend - eine Freispruchverteidigung führt, die in aller Regel unter weitgehendem Verzicht auf den Vortrag von

³³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26.A., 2009, § 44 Rn. 62 f..

³⁴ Stellungnahme Nr. 01/2014.

³⁵ Ich verwende im Folgenden den weiteren Begriff des „Verteidigungsdilemmas“.

Strafzumessungsargumenten und deren Unterstützung durch Beweisanträge geführt wird, ja gelegentlich geführt werden muss, um nicht der „Haupt“richtung der Verteidigung durch „Hilfs“vorbringen und -beweisanträge die Spitze abzubrechen oder es gar vollständig zu konterkarieren. Die Probleme, die sich hier in der Praxis stellen sind vielfältig. Das Dilemma ergibt sich z.B. dann, wenn der schweigende Angeklagte vor der Frage steht, ob er ein konfliktbelastetes Vorgeschehen zwischen dem oder der Getöteten und ihm offenlegen soll, das strafmildernd (bei einem Totschlagsvorwurf) berücksichtigt werden müsste, zugleich aber den Tatverdacht verstärkt.

- Zwar ist auch nach einem Tat- oder Schuldinterlokut zu seinen Lasten der Angeklagte nicht gehindert, die erhobenen Vorwürfe weiter zu bestreiten und – je nach Reichweite der Bindungswirkung einer formellen oder informellen Zwischenentscheidung – sich in diese Richtung weiter zu verteidigen. Es wird aber auch in solchen Fällen leichter fallen, sich – sei es auch hilfsweise – auf eine Erörterung von Rechtsfolgengesichtspunkten einzulassen. Es ist davon auszugehen, dass in vielen Fällen Angeklagte in Ansehung einer den Anklagevorwurf bestätigenden Entscheidung die Freispruchverteidigung als gescheitert ansehen und auf eine Strafzumessungsverteidigung „umschwenken“ werden.³⁶
- Die Zweiteilung der Hauptverhandlung kann den Angeklagten vor der Voreingenommenheit des Richters schützen, die sich aus dessen Kenntnis von seinem Vorleben, insbesondere seinen Vorstrafen, ergeben kann. Das setzt allerdings auch voraus, dass die diesbezüglichen Aktenteile dem Richter erst nach Eintritt in die Rechtsfolgenverhandlung zugänglich gemacht werden, wie es § 241 Abs.2 des Alternativ-Entwurfs vorsieht. Das wirft allerdings das Problem des Umgangs mit doppelrelevanten Tatsachen auf.
- Schließlich wird der Befassung mit den Rechtsfolgen der Tat mehr Raum gewidmet. Die Strafzumessungskriterien des § 46 StGB werden auf breiterer Basis mobilisiert.

bb. Gründe, die gegen die Idee einer Zweiteilung sprechen:

³⁶ Zum „Verteidigungsdilemma“ des Angeklagten und zum „Antragsdilemma“ der Verteidigung vgl. auch *Dahs sen.*, NJW 1970, 1707 f.; vgl. auch *König*, MAH Strafverteidigung, 2.A., 2014, § 8 Plädoyer Rn. 58 – 61.

- Einwände kamen aus der Praxis. Bezweifelt wurde in erster Linie, ob sich die Verhandlungsgegenstände im ersten und zweiten Abschnitt trennen lassen. Kenntnisse von der Täterpersönlichkeit, von Vorleben, Vorstrafen etc. seien schon im ersten Abschnitt relevant: Für die subjektive Tatseite, für die Frage, ob sich ein bestimmter modus operandi aus bereits abgeurteilten Taten wiederfinde etc.
- Die Zweiteilung führe zu einer Verlängerung der Hauptverhandlung, die von der Strafjustiz angesichts ohnehin bestehender Überlastung nicht zu leisten sei. Zeugen müssten zweimal angehört werden – einmal zur Tatfrage, ein zweites Mal zur Schuldfähigkeit des Angeklagten, Plädoyers wären zweimal zu halten, das Gericht müsse zweimal beraten.
- Zum Verteidigungsdilemma hieß es: Das sei der Angeklagte ja selbst schuld. Wenn er sich nicht zur Tat bekenne, müsse er in Kauf nehmen, dass ihn entlastende Umstände aus dem Umfeld der Tatbegehung bei der Strafzumessung außer Betracht blieben.
- Zu bedenken sei auch, dass die Intensivierung der Rechtsfolgenverhandlung sich für den Angeklagten nicht immer günstig auswirken müsse.

cc. Stellungnahme:

Die Vorteile, die eine Zweiteilung der Hauptverhandlung – jedenfalls im Bereich von Verfahren über den Vorwurf vorsätzlicher Tötungsdelikte – bietet, wiegen die von Kritikern vorgebrachten Einwände auf.

- eine strikte Trennung von Tat- und Rechtsfolgenverhandlung lässt sich zweifelsohne nicht durchhalten. Insofern wäre für eine gesetzliche Regelung eine Öffnungsklausel vorzusehen, die es in den Fällen, in denen das zur Feststellung der Tatbegehung unerlässlich ist, zulässt, Tatsachen in die Beweisaufnahme im ersten Verhandlungsabschnitt einzubeziehen, die persönliche und soziale Verhältnisse des Angeklagten oder Art und Anlass von Taten betreffen, die früheren Verurteilungen zugrunde lagen.³⁷

³⁷ Vgl. dazu den Formulierungsvorschlag im Alternativ-Entwurf, § 239 Abs.2 StPO-E (**Anlage**)

Umgekehrt sollte sich der erste Hauptverhandlungsabschnitt (nach hier vertretener Ansicht die sog. „Tatverhandlung“³⁸) bei einem (vorsätzlichen) Tötungsvorwurf auf die Frage beschränken, ob der Angeklagte das Opfer getötet hat oder nicht, also auch dann, wenn die *materielle* Konzeption der Tötungsdeliktsnormen eine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag beibehält. Denn in die Feststellung der Merkmale des Mordtatbestands (oder deren Verneinung) fließen auch subjektive Elemente ein. Die Zweiteilung der Hauptverhandlung eröffnet dem Angeklagten die Chance, sich hieran zu beteiligen, wenn ihm durch das Tatinterlokut die Überzeugung des Gerichts von seiner Täterschaft deutlich geworden ist.

- Der hiergegen – und grundsätzlich gegen das „Verteidigungsdilemma“ – erhobene Einwand, der Angeklagte sei es doch selbst schuld, wenn er die Tat, die er begangen hat, bestreite oder zu dem Vorwurf schweige, für die Folgen seiner selbst gewählten Verteidigungsstrategie müsse er einstehen, ist mit dem Gedanken einer rechtsstaatlich gerechten Strafzumessung schwerlich vereinbar. Die Art und Weise der Verteidigung kann (von extremen Ausnahmen abgesehen) weder direkt noch indirekt ein Strafzumessungsgesichtspunkt sein. Ziel der Strafzumessung ist vielmehr, eine der *Tat* und der *Schuld* des Angeklagten angemessene Sanktion zu finden.
- Die Befürchtung, es komme zu einer Verlängerung der Hauptverhandlung, haben die durchgeführten Modellversuche jedenfalls im Bereich von Strafkammerverfahren *nicht* bestätigt.³⁹ Überdies scheint das Argument, durch Dopplung von Plädoyers und Beratungen komme es zu einer Verzögerung, nicht plausibel. Durch die Aufspaltung von Tat- und Rechtsfolgenverhandlung wird der jeweilige Erörterungsstoff konzentriert und muss nicht in einer – entsprechend umfangreicheren – Darstellung bzw. Beratung abgearbeitet werden. Soweit sich die Verhandlung über die Rechtsfolgen verlängert, ist das ein gewünschter Effekt, den *Dölling* in dem von ihm untersuchten Modellversuch beobachtet hat.⁴⁰
- Die von *Schünemann*⁴¹ vorgebrachte Erklärung für die in den letzten Jahren eingetretene Rezession des Interesses an einer Zweiteilung der Hauptverhandlung

³⁸ So auch die Konzeption im Alternativ-Entwurf dort § 239 Abs.1 StPO-E.

³⁹ Vgl. Alternativ-Entwurf S.57 u.Verw. auf *Schunck*, 230, 240

⁴⁰ *Dölling*, S. 241.

⁴¹ Vgl. Fußnote 31.

entzieht ihr nicht ihre Berechtigung. Zwar trifft es zu, dass der Verhandlung über die Strafzumessung häufig zu wenig Bedeutung beigemessen wird und sich in den Urteilen dazu nicht selten textbausteinartige Wendungen („nach nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechende Umstände hält die Kammer eine Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von für angemessen.“) finden. Das spricht aber nicht gegen eine Zweiteilung der Hauptverhandlung sondern gerade dafür, um der Erörterung der Rechtsfolgen der Tat den Raum zu geben, den sie nach der Vorstellung des Gesetzes haben muss. Jedenfalls dort muss das gelten, wo – wie hier – erhebliche Strafzumessungsspielräume offen stehen.

d. Verschiedene Modelle

Verschiedene Modelle der Zweiteilung wurden diskutiert. Dabei stellte sich als zentrales Problem neben der Frage, ob ein Tat- oder ein Schuldinterlokut oder – wie in der Schweizer StPO – ein gemischtes Modell zu bevorzugen sei, diejenige nach der Bindungswirkung des Zwischenbescheids am Ende des ersten Abschnitt der Hauptverhandlung.

aa. Informelles Schuldinterlokut

Kleinknecht favorisierte den Gedanken eines „informellen Schuldinterlokuts“.⁴² Er vertrat die – wohl zutreffende – Auffassung, eine Zweiteilung der Hauptverhandlung sei – gleichsam konkludent durch Übergang zur Befassung mit der Täterpersönlichkeit nach der Aufklärung der Tatfrage oder explizit durch Mitteilung des Vorsitzenden – auf der Grundlage des (seinerzeit) geltenden Verfahrensrechts möglich.

Die Voraussetzungen für ein solches „informelles Schuldinterlokut“ sind durch § 257 b StPO verbessert worden. Im Rahmen der danach zulässigen Erörterung des Verfahrensstands kann das Gericht seine – vorläufige – Bewertung der Tat- oder Schuldfrage bekanntgeben und – wenn diese Bewertung von den Verfahrensbeteiligten nicht durch Beweisanträge oder -anregungen angegriffen wird – zur Rechtsfolgenverhandlung übergehen. Allerdings gibt § 257b StPO dem Angeklagten (und auch anderen Verfahrensbeteiligten) keinen *Anspruch* auf eine Zweiteilung der Hauptverhandlung.

⁴² *Kleinknecht*, FS Heinitz, 1972, 651 ff.

bb. „Kleine Lösung“ von *Achenbach*

Achenbach publizierte 1974⁴³ den Vorschlag einer „Gesetzesnovelle“, mit dem er eine – von ihm so genannte – kleine Lösung eines *Tatinterlokuts* ohne Bindungswirkung des Zwischenbescheids präsentierte.

cc. Alternativ-Entwurf Hauptverhandlung (*Tatinterlokut*. Bindungswirkung des Zwischenbescheids)

Der bereits mehrfach erwähnte *Alternativ-Entwurf Hauptverhandlung* aus dem Jahr 1985 sieht eine strikte Trennung zwischen der Verhandlung über die sog. Tatfeststellung (Tatverhandlung) und derjenigen über die Rechtsfolge (Rechtsfolgenverhandlung; vgl. § 239 Abs.1 StPO-AE) vor. Nur ausnahmsweise, „soweit es zur Feststellung der Tatbegehung unerlässlich ist, beschließt das Gericht, Tatsachen, die Schuldfähigkeit (§ 20 Strafgesetzbuch), die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 Strafgesetzbuch) oder persönliche und soziale Verhältnisse des Angeklagten betreffen, in die Tatverhandlung einzubeziehen.“⁴⁴ Unter den gleichen engen Voraussetzungen soll auch der *modus operandi* früherer Taten des Angeklagten zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden dürfen.⁴⁵ Der nach der Tatverhandlung (soweit sie nicht zu Freispruch oder Einstellung führt) ergehende Zwischenbescheid (§ 240 StPO-AE) soll weitreichende Bindungswirkung entfalten. „Beweisanträge, die sich gegen die dem Zwischenbescheid zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen richten, sind unzulässig“, hieß es in § 240 Abs.1 des Entwurfs, wovon Abs.2 und 3 nur in engen Voraussetzungen Ausnahmen zulassen.⁴⁶ Die Aufhebung der Bindungswirkung zugunsten des Angeklagten ist danach von den tatbestandlichen Voraussetzungen her in Anlehnung an die Regelung der Wiederaufnahme *propter nova* in § 359 Nr.5 StPO möglich, setzt aber einen einstimmigen Gerichtsbeschluss voraus (§ 240 Abs.2 StPO-E). Darin folgt der Entwurf einem Vorschlag von *Dahs sen.*, der gleichfalls für eine weitreichende Bindungswirkung des Zwischenbescheids eintrat⁴⁷, ohne zwischen einer Aufhebung der Bindungswirkung zugunsten oder zulasten des Angeklagten zu unterscheiden. Anders insoweit der Alternativ-Entwurf, der in § 239 Abs.3 StPO-E für eine Aufhebung zulasten des Angeklagten zusätzlich einen Antrag der Staatsanwaltschaft fordert.⁴⁸ In beiden Fällen (zugunsten und zulasten) wird eine Hin-

⁴³ JR 1974, 401 ff.

⁴⁴ § 239 Abs.2 S.1 StPO-E

⁴⁵ § 239 Abs.2 S.2 StPO-E

⁴⁶ Dazu Alternativ-E, 63 ff.

⁴⁷ *Dahs sen.*, NJW 1970, 1705 ff., 1710

⁴⁸ Zu den diesbezüglichen Bedenken vgl. Alternativ-E, 64 f.

weispflicht nach § 265 StPO konstituiert, bei einer Aufhebung der Bindungswirkung zulasten des Angeklagten die Möglichkeit einer Nachtragsanklage ausdrücklich auch im zweiten Verfahrensabschnitt zugelassen.

dd.

Gegen eine Bindungswirkung der Zwischenentscheidung, wie sie im Alternativ-Entwurf vorgesehen ist, sprach *Rieß* sich aus.⁴⁹ Er hielt die dogmatischen und praktischen Implikationen für „fast unlösbar“ und verwies dabei auf die Probleme der horizontalen Teilrechtskraft im Rechtsmittelverfahren. Die mit der Zweiteilung der Hauptverhandlung durchgeführten Modellversuche ergaben freilich, dass sich das Problem praktisch nicht stellte. Bei *Dölling*⁵⁰ heißt es „Während der Verhandlung über die Sanktion ergeben sich extrem selten neue Gesichtspunkte zur Tatfrage“. Dem entsprechen – wenn auch in anderer Konstellation – die Erfahrungen mit Lösungsbeschlüssen im Disziplinarverfahren (z.B. nach § 18 Abs.1. S.2 BDO) oder im anwaltsgerichtlichen Verfahren (nach § 118 Abs.3 BRAO), die dem Verfasser von Verteidigerkolleginnen und -kollegen berichtet wurden.

Insgesamt kam *Dölling* – ebenso wie *Schunck* - zu dem Ergebnis, dass das Modell praktikabel sei. Nach *Dölling* intensiviert die Zweiteilung die Sanktionsverhandlung. Sie führe dazu, dass länger über die Rechtsfolgenzumessung verhandelt und dabei mehr Sachbereiche angesprochen würden.⁵¹

d.

Empfiehl sich die Einführung eines Tat- oder Schuldinterlokuts in Verfahren über den Vorwurf von Tötungsdelikten?

Die Frage ist zu bejahen. Zwei Aspekte scheinen mir dabei wesentlich:

aa.

Die Zweiteilung der Hauptverhandlung kann – jedenfalls bei einem *Tat*interlokut – das bei Tötungsvorwürfen nicht selten fatale Verteidigungsdilemma zumindest reduzieren. Dabei ist hervorzuheben, dass es sich bei diesem Dilemma nicht allein um ein „Antragsdilemma“ handelt, das sich lediglich im Plädoyer stellt, wenn der Verteidiger bei einer Freispruchsverteidigung vor der Frage steht, ob er hilfsweise auch zur Frage der Strafzumessung plädiert. Das

⁴⁹ *Rieß*, FS Lackner, 1987, 965 ff., 972

⁵⁰ *Dölling*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung, Diss. 1978, 240

⁵¹ *Dölling*, S. 241

Verteidigungsdilemma stellt sich wesentlich breiter und nachhaltiger dann, wenn es um Reden oder Schweigen, um Beweisanregungen oder -anträge geht, die Strafzumessungsfragen betreffen, sich bei einer Freispruchverteidigung aber verbieten. Ist der Zwischenbescheid zur Tatfrage zum Nachteil des Angeklagten ergangen, wird es diesem zumindest leichter fallen, auch strafzumessungsrelevante Tatsachen vorzutragen und Beweismittel hierfür anzubieten. Das ist gerade dort, wo erhebliche Strafrahmen offenstehen, ein erheblicher Vorteil der Zweiteilung.

Auch bei Beibehaltung der gegebenen Normen, namentlich des § 211 StGB (ggf. unter Modifizierung der Mordmerkmale), bietet die Zweiteilung dort Vorteile, wo der (zunächst) schweigende oder den Tötungsvorwurf bestreitende Angeklagte nach Verkündung eines die Täterschaft der Tötung feststellenden Zwischenbescheids die Möglichkeit erhält, zu Vorgeschichte und Hergang der Tat Tatsachen vorzutragen, die der Annahme von Mordmerkmalen entgegenstehen.

Die Zweiteilung ist auch geeignet, das „Sachverständigendilemma“ zu entschärfen, das besteht, wenn der Angeklagte auch dem Sachverständigen gegenüber zu den Vorwürfen schweigt oder sich im Rahmen einer Freispruchverteidigung einer Exploration gänzlich verschließt.⁵² Dieser Aspekt spricht auch für das *Tat-* und gegen das *Schuld*-Interlokut. Denn eine Vorverlagerung der Untersuchung der Schuldfähigkeit in den ersten Hauptverhandlungsabschnitt wird gerade in den Fällen, in denen die Zweiteilung ihre Vorzüge entfaltet, also dann, wenn zunächst über die Tatfrage gestritten wird, zumeist wesentlich erschwert sein. Sie gehört daher – zumindest bei Tötungsdelikten – in den zweiten Hauptverhandlungsabschnitt.

bb.

Die Strafzumessung und die ihr vorausgehende Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Täters sowie der sonstigen strafzumessungsrelevanten Umstände nehmen breiteren Raum ein und werden im Regelfall von den Belastungen des „Kampfes um die Tat“ befreit. Das Modell empfiehlt sich *umso mehr*, wenn eine zu findende Neuregelung der Tötungsdeliktsgesetze von der absoluten Strafandrohung bei Mord abrückt und weite Strafrahmen bis hin zur lebenslangen Freiheitsstrafe oder erhöhten zeitlichen Freiheitsstrafen öffnet.

⁵² Zur Zweiteilung der Hauptverhandlung als Ausweg aus dem Sachverständigendilemma, freilich mit anderer Akzentuierung in der Begründung vgl. *Haddenbrock NJW 1981, 1302 ff.*

e.

Einzelne Umsetzungsfragen

Bei der Umsetzung der Zweiteilung stellen sich drei grundsätzliche Fragen, auf die ich näher eingehen will:

- soll ein *Tat-* oder *Schuld*interlokut am Ende des ersten Verhandlungsabschnitts stehen?
- soll der am Ende des ersten Abschnitts verkündete Zwischenbescheid bindend sein?
- soll die Zweiteilung der Hauptverhandlung fakultativ oder obligatorisch sein?

aa.

Tat- oder *Schuld*interlokut?

Die Frage ist schon oben aufgeworfen und weitgehend beantwortet worden. Ich bevorzuge das *Tat*interlokut. Denn nur dadurch lässt sich das Verteidigungs- (und das Sachverständigen-)dilemma auflösen, zumindest reduzieren. Eine die *strikte* Zweiteilung im Einzelfall auflösende Ausnahmeregelung sollte, angelehnt an den Vorschlag des Alternativ-Entwurfs in § 239 Abs.2 StPO-E, aufgenommen werden.

bb.

Bindungswirkung des Zwischenbescheids?

Für sie sprechen die besseren Gründe. Ohne Bindungswirkung verliert die Zweiteilung ihren Sinn. Ist nämlich die Zwischenbewertung nur eine vorläufige, die mit weiteren Beweismitteln, Erklärungen oder Einlassungen angegriffen, aufgrund geänderter Umstände oder Bewertungen auch wieder aufgegeben werden kann, so bleibt sie eine bloße vorläufige Meinungsäußerung, die den Angeklagten schwerlich veranlassen wird, die Richtung seiner Verteidigung grundsätzlich zu überdenken. Überdies besteht die Gefahr, dass sie zum Gegenstand taktischen Kalküls wird: auf Seiten des Gerichts im Versuch, eine vorläufige Tatbewertung auszusprechen, um zu sehen, ob der Angeklagte sich ihr unterwirft. Auf Seiten des Angeklagten, wenn er zunächst das Interlokut abwartet, um sodann zu entscheiden, ob er danach zunächst zurückgehaltene „ambivalente“ Beweismittel anbietet.

cc.

Fakultatives oder obligatorisches Interlokut?

Für ein fakultatives Interlokut könnte sprechen, dass zunächst mit diesem Modell Erfahrungen gesammelt werden sollten, bevor eine – ggf. auf bestimmte Delikts(vorwurfs)bereiche beschränkte – verbindliche Implantierung in die StPO erfolgt. Dagegen sprechen aber die Erfahrungen in der Schweiz und in Österreich. Die dort bestehenden Regelungen geben im Grunde nicht viel mehr her als § 257b StPO, mit dem Unterschied, dass die in § 257b StPO nicht näher inhaltlich qualifizierten Erörterungen des Verfahrensstandes in den Interlokutregelungen auf Äußerungen des Gerichts zur Tat- bzw. Schuldfrage fokussiert werden. Anders stellt es sich dar, wenn dem Interlokut Bindungswirkung zukommt. Dazu habe ich in Hinblick auf die österreichische Rechtslage nichts in Erfahrung bringen können. In der Schweiz ergibt sie sich – wie ausgeführt – nach herrschender Ansicht aus dem Gesetz. Auch bei der schweizerischen Regelung hat der Angeklagte aber keinen bestimmenden Einfluss auf die Zweiteilung der Hauptverhandlung. Er kann sie – ebenso wie die Staatsanwaltschaft – beantragen. Das Gericht ist an den Antrag aber nicht gebunden – so wenig wie an die Zustimmung des Angeklagten, wenn es von Amts wegen eine Zweiteilung beschließt.

Auch wenn dem Angeklagten bei einem fakultativen Modell ein das Gericht bindendes Antragsrecht zugebilligt würde, zeigen doch die berichteten schweizerischen Erfahrungen, dass von dem Recht voraussichtlich nur zurückhaltend Gebrauch gemacht würde, weil hieraus für den Angeklagten nachteilige Schlüsse befürchtet werden.

3. Fazit III:

Ich empfehle daher, dass sich die Kommission für die Einführung eines *Tat*interlokuts ausspricht. Es sollte in allen Hauptverhandlungen vor dem Schwurgericht vorgesehen werden, also nicht lediglich auf Vorwürfe vorsätzlicher Tötungsverbrechen beschränkt bleiben. Hierfür spricht zum einen, dass in den nach § 74 Abs.2 GVG zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehörenden Straftatbeständen stets sehr weite Strafraumen eröffnet sind. Zum anderen ist es nicht sinnvoll, zwei verschiedene Verfahrensordnungen für das Schwurgericht vorzusehen. Der vorzusehende Zwischenbescheid sollte bindend sein mit der Möglichkeit für das Gericht, sich in eng begrenzten Ausnahmefällen davon zu lösen. Die zu schaffende Regelung sollte sich an den Vorschlägen des Alternativ-Entwurfs orientieren.

8. Prof. Dr. Hans-Ludwig Kröber

Mordkonzept und Mordmerkmale aus forensisch-psychiatrischer Sicht

„So spricht der rote Richter: ‚Was mordete doch dieser Verbrecher? Er wollte rauben.‘ Aber ich sage euch: Seine Seele wollte Blut, nicht Raub: Er dürstete nach dem Glück des Messers!

Seine arme Vernunft aber begriff diesen Wahnsinn nicht und überredete ihn. ‚Was liegt an Blut!‘ sprach sie, ‚Willst du nicht zum mindesten einen Raub dabei machen? Eine Rache nehmen?’

Und er horchte auf seine arme Vernunft: Wie Blei lag ihre Rede auf ihm, - da raubte er, als er mordete. Er wollte sich nicht seines Wahnsinns schämen.

Und nun wieder liegt das Blei seiner Schuld auf ihm, und wieder ist seine arme Vernunft so steif, so gelähmt, so schwer.“

Nietzsche, Also sprach Zarathustra (Vom bleichen Verbrecher)

Agenda

Zunächst möchte ich mich bei Ihnen allen bedanken für das Privileg, Ihren Beiträgen und Ihren anregenden Diskussionen zuzuhören und sogar mittun zu dürfen. Nach den Höhen des juristischen Diskurses möchte ich Sie in meinem Beitrag im Wesentlichen in die Niederungen der Empirie führen, der erlebten Täter und Taten, der Beurteilung von Motivationen, Motiven und Konstellationen. Dies soll dann zum Schluss zu einem vorsichtigen Abgleich mit den bestehenden juristischen Kodierungen rechtswidrigen Verhaltens führen und deren Realitäts-tauglichkeit beleuchten. Der Verfasser wird abschließend aus psychologischer Sicht etwas sagen zur Androhung der Höchststrafe für Mord. Zu dem zu sprechen, was in Haft schadet, reicht die Zeit nicht; allemal sind sich die Vollzugspraktiker einig, dass die Ausgestaltung des Vollzugs bei langen Strafen ungleich bedeutsamer ist als die schiere Länge.

Die Reihenfolge wäre also in etwa:

1. *Die Erfassung aller Strafgefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe 2014 in Berlin*
2. *Mit „lebenslang“ bestrafte Frauen in Berlin*
3. *Tötungsdelikte von Männern*
 - a. *Beschreibung des Kollektivs*
 - b. *Motivgruppen: Beziehungstaten, sexuell bezogene Taten, Bereicherungstaten etc.*
4. *Mordmerkmale*

- a. *Täterbezogene Merkmale*
Mordlust - Befriedigung des Geschlechtstrieb - Habgier
sonstige niedrige Beweggründe
- b. *Tatbezogene Merkmale*
- c. *Heimtücke - grausam - gemeingefährlich*
- d. *Ermöglichung/Verdeckung*
- e. *Diskussion aus forensisch-psychiatrischer Sicht*

5. *Lebenslang als Höchststrafe*

Psychiatrie ist die Wissenschaft vom subjektiven Erfahrungsraum der Menschen und seinen möglichen Veränderungen. Forensische Psychiatrie befasst sich mit der subjektiven Struktur des Straftäters, seinen Einstellungen, Sichtweisen, Denkmustern, Erlebnisweisen, Handlungsschemata, und entwickelt Gedanken zu ihrer Entstehung, Beeinflussbarkeit und Zukunft. Forensische Psychiatrie erkundet den Spielraum und Handlungsraum von (straffälligen) Individuen, die in einem sozialen Raum agieren.

Die juristischen „Mordmerkmale“ implizieren vielfach eine subjektive Tatseite, Täterpersönlichkeit, punktuelle und überdauernde Gesinnung, Gefährlichkeit eines Menschen. Dies ist das wesentliche Bezugsfeld der forensischen Psychiatrie.

Es besteht – naturnotwendig - ein Spannungsfeld zwischen erfahrungs-wissenschaftlichen Erkenntnissen über Menschen mit Tötungsdelikten und den strafrechtlichen Normen der §§ 211, 212 StGB. Geschütztes Rechtsgut ist das menschliche Leben – „Mord“ will Schuldausgleich.

Die „Mordmerkmale“ versuchen eine besonders verwerfliche, Höchststrafe verlangende Tat zu erfassen:

über vier mögliche Motive: Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstrieb, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe

über drei mögliche Begehensweisen: heimtückisch, grausam, gemeingefährliche Mittel

und über zwei mögliche Funktionen: um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

Einige der forensisch-psychiatrischen **Fragen** an die strafrechtlichen Normen zu Tötungsdelikten lauten:

Ergibt sich das Strafmaß aus dem Tatbild, der Tatfunktion, oder aus dem (schlechten) Charakter des Täters? Beweist die Tat den – überdauernd - schlechten Charakter des Täters? Eine „besonders verwerfliche **Gesinnung**“? Beweist die Tat eine besonders hohe und an-

dauernde **Gefährlichkeit**, oder ist prospektive Gefährlichkeit (und prospektive Ungefährlichkeit) belanglos?

Anscheinend gibt es im Strafverfahren eine gewisse Konkurrenz zwischen tatbestandlicher Abgrenzung versus sittliche Bewertung – auch tatbestandliche Merkmale sind nicht ohne weiteres „fair“ im Sinne der Gleichbehandlung moralisch gleichwertiger Taten.

Woraus ergibt sich die zur Höchststrafe verpflichtende Schuld?

Es sind dies normativ zu beantwortende Fragen, bei denen forensische Psychiatrie mitdiskutieren kann, die sie aber nicht genuin zu beantworten hat. Mit Ausnahme der Frage, ob die Tat schon hinreichend die überdauernde Gesinnung belegt.

Geht es um die Tat oder um die Person? Schon hier der Hinweis, auf den ich zurückkommen werde: Das *Motiv* erschließt sich in Maßen aus dem Tatgeschehen, der Tatvorgeschichte und den Äußerungen über die Tat. In diesem Zusammenhang bildet die komplexere *Motivation* eine Verknüpfung zwischen subjektiven Gründen (Beweggründen), dem So-Geworden-Sein und dem Wertgefüge der Persönlichkeit des Täters.

Die *Persönlichkeit* erschließt sich allenfalls sekundär **auch** über die Tat; notwendig ist aber eine tatunabhängige Analyse der Persönlichkeit und dann ihre sekundäre Verknüpfung mit Tatmotiv und Tat.

Die Erfassung aller Strafgefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe 2014 in Berlin

Aus der Erkenntnis heraus, dass wir nur wenig über die real existierenden Strafgefangenen mit Tötungsdelikten und/oder lebenslanger Freiheitsstrafe wissen⁵³, führte dazu, dass wir uns entschlossen hatten, nach einer Gesamterfassung aller Berliner Gefangenen/Verwahrten mit angeordneter oder bereits vollzogener Sicherungsverwahrung auch eine Gesamterfassung aller Berliner Strafgefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe durchzuführen. Die Informationserfassung anhand der Gefangen-Personalakten erfolgte im Sommer/Herbst 2014 durch drei Doktoranden, nämlich die Polizeiärztin *Melanie Hitzel-Breitkopf*, die Rechtsmedizinerin *Elena Trofimova* und den Medizinstudenten *Christian John*.

Erfasst wurden als Informationsgrundlage die zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilenden Urteile, gegebenenfalls auch frühere Urteile zu schweren Delikten, die Anklageschriften, die Bundeszentralregisterauszüge, die psychiatrischen Gutachten, Urteile zur besonderen

⁵³ M. Liem, W.A. Alex (2014) Homicide in Europe. *European Journal of Criminology* 11:527-529, sowie die weiteren Beiträge in diesem Themenheft "Homicide". Etwas Hilfe schafften der Beitrag von Dieter Dölling sowie Jörg Kinzig; sehr hilfreich und wichtig die Publikationen der KrimZ von Axel Dessecker.

Schwere der Schuld und Mindestverbüßungsdauer, die Analysen der Einweisungsabteilung sowie diverse Verlaufsaufzeichnungen/Vollzugspläne der Haftanstalt.

Ausgewertet werden die Daten in drei Schwerpunkten: Aussagekraft des Tatbildes für Motivdeutung und Gefährlichkeitseinschätzung (Rechtsmedizinerin); Persönlichkeitsdiagnostik und Biographie der Täter (Polizei-Psychiaterin) sowie Motive, Motivationen und Mordmerkmale (Medizinstudent).

Die Daten sind inzwischen komplett erfasst. Ihre Auswertung wird noch einige Zeit in Anspruch nehmen. Ich selbst habe von Hand einen Teil dieser Fälle in Bezug auf die mich am dringendsten interessierenden Variablen ausgewertet und mir, sozusagen in einem Intensivkursus, die Tatbilder und Beurteilungen von 56 männlichen und 8 weiblichen Täterinnen angeschaut.

Insgesamt haben wir in unserer Totalerfassung der Berliner Lebenslänglichen exakt 100 Männer und 5 Frauen; ich habe den Frauenanteil angereichert durch eine weitere Frau, die bereits aus der lebenslangen Haft entlassen ist und in unserer Forensisch-Therapeutischen Ambulanz weiter betreut wird. Außerdem habe ich, da es seit 8,5 Jahren keine Verurteilung einer Frau wegen Mordes in Berlin mehr gegeben hatte, die unlängst (noch nicht rechtskräftig) verurteilte Mutter eines Pferdewirtes mit in die Überlegungen einbezogen.

Von den 100 Männern habe ich also 56 Fälle in Bezug auf einige wenige Fragestellungen ausgewertet; dies genügt zunächst, um ein Bild von der Struktur des Kollektivs zu gewinnen; große statistische Überraschungen sind nicht mehr zu erwarten, da die jetzige Bearbeitung auch schlicht nach Alphabet erfolgt ist und keinen speziellen Selektionseffekt hatte. Den Doktoranden bleibt dann vorbehalten, dass sie die stolzen Zahlen für alle präsentieren können und dann natürlich mit einer sehr viel eingehenderen Erfassung dessen, was zu erkennen ist.

Es ist sinnvoll und gut begründbar, dass ich nachfolgend Frauen und Männer vollkommen getrennt diskutiere, weil sie sich nicht nur biologisch unterscheiden, sondern eben auch in ihrer Delinquenz, nicht nur in Fällen der Tötungsdelikte, sondern noch deutlicher bekanntlich im Feld der Sexualdelikte. Nur bei den vermindert Schuldfähigen und Schuldunfähigen scheint der Abstand geringer zu sein; dazu habe ich aber jetzt leider keine Daten.

Mit „lebenslang“ bestrafte Frauen in Berlin

Zu berichten ist über 6 Frauen, deren Daten wir erfasst haben.

Die Älteste war 70 Jahre alt und hatte ihre Tat mit 51 Jahren begangen; sie ist aber erst seit 15 Jahren in Haft. Die Jüngste war 46 Jahre alt und hatte ihre Tat mit 36 Jahren begangen. Sie war die einzige Täterin, die jünger als 40 war, es folgten Täterinnen im Alter von 40 Jahren, 47 Jahren und drei waren älter als 50 (51, 53, 54). (Die frisch verurteilte Pferdewirtsmutter passt mit 57 Jahren gut dazu.) Dies trifft auch auf die Motivationen zu: Abgesehen von der Charité-Krankenschwester, die fünf vollendete Patiententötungen durchgeführt hatte und drei versuchte, und der man als Mordmerkmal niedrige Beweggründe und Heimtücke zugesprochen hatte, hatten alle anderen Täterinnen im Wesentlichen im Zusammenhang mit finanziellen Motiven getötet; in drei Fällen wurde Habgier als Mordmerkmal festgestellt, in zwei Fällen Verdeckung von Betrug, Diebstählen, Unterschlagung, die die Täterinnen gegenüber ihren Opfern begangen hatten.

Die Opfer waren durchgängig ältere oder schwächere Menschen; neben der Krankenschwester hatten auch zwei weitere Täterinnen mehr als eine Tötung begangen, nämlich jeweils zwei Tötungsdelikte. Insgesamt entfielen auf die sechs Frauen 12 Tote, davon 5 Frauen.

In keinem Fall wurde ein gegenwärtiger oder früherer Partner getötet, in drei der sechs Fälle bestand zwar eine gewisse Beziehung zum Opfer, zum Beispiel des im gleichen Hause wohnenden unliebsamen Vermieters oder der von der Täterin gepflegten alten Dame; die Taten waren allerdings nur insofern Beziehungstaten, als eben der lästige, störende oder möglicherweise Probleme bereitende Mensch „ausgeschaltet“ wurde.

In keinem Fall gab es also die Konstellation, dass der Familientyrann getötet wurde. Der Referent kennt dies eher aus Anklagen gegen Söhne. Er hat in seiner beruflichen Laufbahn nur einmal die Tötung des Gatten erlebt, als eine Frau in der Küche ihrem erneut auf sie eindringenden Ehemann mit einem rasch ergriffenen Küchenmesser in die Brust stach, was aber noch nicht zum Tode führte, der erst durch die Notärztin durch einen Behandlungsfehler an Ort und Stelle ermöglicht wurde. Die Frau erhielt ein mildes Urteil wegen Totschlags.

Als Tatvariante wäre neben der heimtückischen Zufügung von Giften in solchen Konstellationen auch an Auftragsmorde zu denken, bei denen der Sachverständige noch nicht recht zu erkennen vermochte, welches Mordmerkmal die Gerichte dann anwenden; in einem Urteil hat er gelesen, dass nur für den ausführenden Täter das Merkmal Heimtücke in Betracht komme, nicht aber für die Auftraggeberin, bei der dann niedrige Beweggründe angenommen wurden. In einem anderen Fall wurde auf Heimtücke erkannt.

In diesem Kollektiv von sechs Frauen jedenfalls gab es dreimal die Zuschreibung des Merkmals Heimtücke, nämlich bei der Krankenschwester, des Weiteren bei einem Auftragsmord (der 51-Jährigen) sowie der Ermordung des unliebsamen Vermieters, dem die Frau ein starkes Schlafmittel ins Bier tat, wonach der Freund den Schlafenden erdrosselte. Hier wurde auch Ermöglichung und Habgier festgestellt. Dass Frauen in den Fällen, wo auf Heimtücke erkannt wurde, geschlechtsgebunden benachteiligt wurden, weil sie sich anders nicht zu helfen gewusst hätten, ist nicht ersichtlich. Vielmehr scheint es eine große narzisstische Genußnahme zu bereiten, auch bei Schwächeren, ganz egal, ihnen sozusagen perfekt aus dem Hintergrund agierend eine epochale Veränderung zu bereiten, sie abzuschalten, auszulöschen, wie am deutlichsten bei den Patiententötungen.

Frau Pisal hat natürlich völlig Recht mit ihrer Feststellung, dass der Mordparagraf vor allem Frauen als Opfer betrifft; den sechs Täterinnen stehen im Falle der 56 Täter 29 weibliche Opfer gegenüber.

Tötungsdelikte von Männern

Beschreibung des Kollektivs

Ausgewertet wurden, wie gesagt, von den 100 Männern gemäß Alphabet die ersten 56 Fälle. Das *Durchschnittsalter* zum Tatzeitpunkt betrug 33 Jahre, im Median 30 Jahre; der Jüngste war bei der Tat 21, der Älteste 54.

Man hat also bei keinem Heranwachsenden, dessen Delikt Mordmerkmale erfüllte, auf die Anwendung von Jugendstrafrecht verzichtet. Schon hier wird deutlich, dass wir dringend eine Vergleichsgruppe brauchen von wegen Mordes Verurteilten, denen verminderte Schuldfähigkeit zugesprochen wurde, sowie von Gefangenen, die wegen Totschlags verurteilt wurden (nicht zuletzt jene, bei denen Mord angeklagt war), und interessant wäre schließlich eine Studie über die wegen Mordes und Totschlags nach Jugendstrafrecht Verurteilten.

19 Täter waren 30 bis 39, 8 Täter 40 bis 47, 5 Täter 50 bis 54 Jahre zum Tatzeitpunkt alt.

Das *Alter der Insassen* reichte von 28 Jahren bis 75 Jahren; insgesamt drei waren älter als 70, weitere sieben älter als 60. Der Altersmedian lag bei 48 Jahren.

Nationalität: 70 % der Täter waren Deutsche, 11 % Türken, 7 % Vietnamesen, die restlichen Täter kamen je einer aus Libanon, Nicaragua, Polen, Rumänien, Ukraine, Afghanistan, Albanien und Bulgarien.

Im Schnitt hatten die Erfassten 14,5 *Haftjahre* hinter sich, im Median 14 Jahre; 27 % hatten bislang weniger als 10 Jahre verbüßt. 32 Gefangene, 44,6 %, waren jetzt länger als 15 Jahre in Haft, 7 von ihnen waren länger als 20 Jahre inhaftiert, wobei die mit den längsten Haftzeiten (32, 43 und 45 Jahre) auf hohe Werte kommen, weil sie zwischendurch auch noch lange zeitige Freiheitsstrafen zu verbüßen hatten.

Die lange Haftdauer ergibt sich auch daraus, dass bei 17 Gefangenen, fast einem Drittel (30,4 %), die *besondere Schwere der Schuld* bejaht worden war; in 4 Fällen war neben der lebenslangen Freiheitsstrafe auch die *Sicherungsverwahrung* angeordnet worden, in einem Fall Sicherungsverwahrung plus besondere Schwere der Schuld. Hinzu kommen die älteren Urteile, in denen im Urteil keine Aussage zur Schuldschwere getroffen wurde, wo aber beispielsweise dreimal lebenslang verhängt wurde; die letztlich als besondere Schwere der Schuld verhandelten Fälle sind also im Bereich von etwa 40 % anzusiedeln.

Zwischendurch sei angemerkt, dass sich in den Berliner Gutachten kein Hinweis darauf findet, dass bestimmte Kammern nun ständig willfähige „*Hausgutachter*“ beschäftigen. Das Feld der Gutachter ist weit gestreut, 30 Gutachter teilen sich die 56 Fälle, zwei Gutachter liegen mit je fünf Fällen an der Spitze, es folgen zwei mit vier Fällen und zwei mit drei Fällen.

Erneute Tötungsdelikte. Was einigermaßen sensationell ist: Unter den 100 Gefangenen befinden sich 7 Gefangene, die früher bereits einmal ein vollendetes Tötungsdelikt begangen haben, dafür bestraft worden sind und nun wegen eines neuen Tötungsdeliktes wegen Mordes verurteilt worden sind. Ein weiterer hatte ein Tötungsdelikt begangen, war bestraft worden, und hatte in Haft ein Tötungsdelikt *versucht*. Zwei Gefangene waren nach *versuchtem* Mord bestraft in Freiheit entlassen und hatten später einen Mord begangen.

Insgesamt haben wir also unter 100 Lebenslänglichen 10 Verurteilte, die bereits früher ein Tötungsdelikt begangen haben. 10 % ist gleichwohl nicht die Rückfallquote nach Tötungsdelikten, zumal hier die jeweils als Totschlag verurteilten fehlen. Rückfallquoten können nur prospektiv ermittelt werden, ausgehend vom Gesamt der Ersttäter mit Tötungsdelikten. Die 10 Vorbelasteten im Kollektiv der Lebenslänglichen sind aber ein Hinweis, dass die spezifische Rückfälligkeit höher sein könnte als bislang diskutiert.

Es gibt bislang keine verlässlichen Zahlen über die Rückfälligkeit von Menschen mit Tötungsdelikten, die bestraft worden sind, mit einem erneuten Tötungsdelikt. Durch die deutsche Szene⁵⁴ geistert eine Zahl von 3 %, die aber nicht methodisch exakt belegt ist.

⁵⁴ Rode, Irmgard; Scheld, Siegfried: Sozialprognose bei Tötungsdelikten. Berlin Heidelberg 1986

Dass die zehn Personen überhaupt wieder in Freiheit gekommen waren, lag zum Teil daran, dass sie die Taten recht jung begangen hatten und nach Jugendstrafrecht verurteilt worden waren, in einem Fall, dass ihnen wegen Berauschung verminderte Schuldfähigkeit zugesprochen worden war, oder dass es sich bei der Vortat um Totschlag gehandelt hatte. In zwei Fällen war die lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden.

Es ist nicht zu erwarten, dass die wegen Tötungsdelikten Verurteilten, denen eine psychische Störung zugesprochen wird und die deshalb als vermindert schuldfähig eine zeitige Freiheitsstrafe erhalten oder im psychiatrischen Maßregelvollzug landen, eine geringere spezifische Rückfallwahrscheinlichkeit haben als die hier erfassten voll schuldfähigen Täter. Es wäre allerdings auch zu schauen, wie viele vormalige Tötungsdelinquenten sich unter den aktuell wegen Totschlags verurteilten Männern befinden. Wir erfassen jetzt auch alle 114 wegen Tötungsdelikten im psychiatrischen Maßregelvollzug Berlins Untergebrachten, die nicht oder nur vermindert schuldfähig waren. Für eine komplette Datenlage bräuchten wir noch die Finanzierung der Erfassung sämtlicher wegen Totschlags oder Delikten mit Todesfolge Inhaftierten Berlins, z.B. durch das BMJV.

Vorstrafen. Das Männerkollektiv stellt sich insgesamt deutlich krimineller dar, als ich dies vorab erwartet hatte. Die Konstellation des nicht vorbestraften, unbescholtenen Bürgers, der lebensgeschichtlich in Nöte geraten ist und sich schließlich zu der fatalen Entscheidung versteigt, einen Menschen zu töten, teils aus romantischen Motiven im Rahmen von Beziehungstaten, teils aus einer bedrängenden finanziellen Notlage heraus, bildet sich in der statistischen Auswertung kaum ab.

77 % der Verurteilten waren vorher schon bestraft worden, einige wenige geringfügig, der Rest durchaus deutlich; frühere Haftstrafen waren in etwa der Hälfte der Fälle zu verzeichnen.

Ganze 13 Verurteilte waren also nicht bestraft, davon drei Angehörige der vietnamesischen Mafia, die natürlich in Wirklichkeit vorher schon viele Straftaten begangen hatten, und die wegen acht, sechs und einem Tötungsdelikt abgeurteilt wurden; sie hatten unbotstame Zigarettenhändler abgestraft oder zur Erpressung von Informationen getötet.

Es bleiben zehn Personen, die als vergleichsweise brave Bürger gelten dürfen; ihnen fielen acht Frauen zum Opfer von den insgesamt 29 weiblichen Opfern. Nur drei der nicht Vorbestraften begingen Beziehungstaten, zweimal wurde eine Frau getötet, im dritten Fall die Frau und ihr neuer Partner. Insgesamt sind aber Beziehungstaten mit 18 % der Fälle nicht charakteristisch für Tötungsdelikte; es ist anzunehmen, dass doch in einer ganzen Reihe von Fällen bei Beziehungstaten auf Totschlag erkannt wurde.

Zu meiner Überraschung gab es nur wenige Taten, bei denen im Urteil ein *Alkohol- oder Drogenkonsum* vom Gericht zu erörtern waren, und wo dann eine relevante Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit verneint wurde; offenbar war in vielen dieser Fälle eine Berausung auch nicht geltend gemacht worden. Auch hier wäre es interessant zu wissen, in wie vielen Fällen wegen einer tatsächlichen oder vermeintlichen Berausung wegen Mordes zu einer zeitigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Es könnte dies bedeuten, dass die mit Alkohol oder Drogen verknüpften Taten sehr häufig in den Bereich verminderter Schuldfähigkeit oder des Totschlags entsorgt werden.

Häufiger als von mir erwartet, waren *mehr als eine Person getötet* worden: neunmal waren zwei Menschen getötet worden, dreimal drei Menschen und ein Vietnameser wurde wegen sechs Morden verurteilt, ein weiterer wegen acht Morden, wobei es sich allerdings um dieselben getöteten Personen handelte. Bei der Tötung von mehreren Personen handelte es sich zum Teil um Verdeckungsmorde, einmal um einen Vernichtungsfeldzug innerhalb der Schwiegerfamilie (wobei neben drei vollendeten auch drei versuchte Tötungsdelikte begangen wurden, die schwerstbehindert überlebt wurden), aber eben auch kühl kalkulierte Verdeckungs- und Ermöglichungsmorde in Bereicherungsabsicht, also im Kontext von Raubdelikten oder sonstiger Bemächtigung von fremdem Eigentum.

Zwei der Probanden hatten die lebenslange Freiheitsstrafe wegen Totschlags in Tateinheit mit Vergewaltigung (nach früherem Tötungsdelikt) sowie wegen Totschlags in zwei Fällen erhalten.

In vier Fällen waren insgesamt 5 Kinder das Mordopfer, in drei Fällen in sexuellem Kontext.

Mordmerkmale in der Untersuchungsgruppe

In einem einzigen Fall wurde *Mordlust* als Mordmerkmal festgestellt; in mindestens sechs weiteren Fällen hat man als Psychiater den Eindruck, dass Mordlust ein wesentliches Motiv gewesen sein könnte, das aber verständlicherweise seitens des Gerichtes nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar war.

In sechs Fällen wurde eine Tat zur *Befriedigung des Geschlechtstriebes* festgestellt, eine Tat davon an einem Kind. In weiteren fünf Fällen wurde die Tat im direkten Kontext mit einer Vergewaltigung oder einem sexuellen Missbrauch begangen oder bei einer Verweigerung von Geschlechtsverkehr. Vier der Verdeckungstaten entfallen auf die Verdeckung sexueller Übergriffe, drei der Heimtücketaten standen im Zusammenhang mit sexuellen Übergriffen.

30 % der Taten erhielten das Merkmal *Habgier* (17 Fälle); in fünf weiteren Fällen ging es den Tätern zentral um Bereicherung, sie wurden aber wegen Verdeckung, Ermöglichung oder, in allen Fällen, wegen niedrigen Beweggründen verurteilt.

Ebenfalls 17 Personen wurden wegen *niedrigen Beweggründen* verurteilt; bei einer weiteren wurde dies wenig überzeugend verneint, weil sie angeblich keine Einsicht in die Niedrigkeit ihrer Beweggründe hatte; stattdessen wurde sie dann wegen Heimtücke verurteilt.

In 25 % der Fälle (14 Probanden) wurde ein *Verdeckungsmotiv* bejaht, in 21,4 % der Fälle (12 Fälle) wurde Ermöglichung bejaht.

Das häufigste zugeschriebene Mordmerkmal war *Heimtücke* mit 21 Fällen oder 37,5 %. In sieben Fällen (12,5 %) war Heimtücke das einzige Mordmerkmal. Ansonsten war es einmal begleitet von gemeingefährlichen Mitteln oder sonst diversen anderen, am häufigsten von niedrigen Beweggründen.

Sehr selten angenommen wurde *Grausamkeit* (zwei Urteile), mit *gemeingefährlichen Mitteln* (zwei Urteile) und *Mordlust* (ein Urteil), wie gesagt da sechs weitere Verdachtsfälle.

Zu den einzelnen Mordmerkmalen

Mordlust. Zu den schamhaft im Gerichtssaal wie auch im Gutachten verschwiegenen Wahrheiten gehört es, dass es Menschen gibt, die Freude am Töten haben. Die real existierenden Beispiele sind eminent zahlreich; es genügt eine durchschnittliche Nachrichtensendung. Wer es etwas aufwendiger möchte, kann Ernst Jünger „In Stahlgewittern“ lesen (sein eigenes rauschhaftes Tötungsvergnügen) oder auch die Studien von Thomas Elbert zur Abrichtung von Kindersoldaten zu Killern, die das Töten mit der Machete rauschhaft erleben und immer wieder dahin drängen. Sicherlich sind solche Enthemmungen der Tötungsbereitschaft in Bürgerkriegen und sonstigen anomischen Situationen nicht unmittelbar zu übertragen auf den einzelnen Tötungsdelinquenten in einem Rechtsstaat; gleichwohl gibt es Täter, deren wesentlicher Antrieb darin besteht, zu erleben, wie von ihrer Hand ein Mensch stirbt, und die dies bisweilen mit vordergründigen, rationalen Motiven kaschieren oder eben auch mit einer faschistischen Ideologie amalgamieren wie die NSU-Täter Mundlos und Bönnhardt. Gleichwohl sind es nur wenige Beschuldigte, die ein solches Motiv ihrerseits durchblicken lassen oder gar eingestehen. Man kann sich schwer den Verteidiger vorstellen, der dazu raten würde, dies auch im Geständnis im Gerichtssaal zu äußern. Stattdessen hatte ein 16-jähriger Gymnasiast, der mit seinem gleichaltrigen, die gleiche Klasse besuchenden Freund ein Nachbarsehepaar umbrachte, erklärt, sie hätten das gemacht, um mit dem VW Passat dieser Familie nach Japan zu fahren, um dort Samurai zu werden. Im Verlaufe der Begutachtung war der Jugendliche dahin gekommen, mir zu erklären, es sei ihm darum gegangen, zu

erleben wie es ist, einen Menschen zu töten. Leben und Tod, Kämpfen und Sterben, war in diesem Alter zentrales Thema, nochmals gespiegelt durch Rollenspiele wie „Final Fantasy“.

Wahrscheinlich unterschätzen wir die Bedeutsamkeit von Mordlust bei den vordergründig anders motivierten Tötungsdelikten, auch bei den nun schon älteren Erwachsenen, die sich dann manchmal aufmachen und auf Jagd gehen. Ein sportlicher, gut aussehender, intelligenter Krimineller berichtete mir, dass es halt ein guter Einstieg in die organisierte Szene sei, wenn man einen anderen Kriminellen, hier einen Russen, in eine Falle lockt und hinrichtet; man hat gleich ein ganz anderes Standing.

Es besteht psychiatrisch der Verdacht, dass diese Menschen, die einmal den Triumph des Tötens genossen haben, eine anhaltende Gefährlichkeit in sich tragen, auf die man, wie auch immer, einwirken müsste, um künftige Tötungsdelikte zu verhindern. Die Wahrnehmung dieses Aspektes wäre allemal wichtig, auch wenn ein erkennendes Gericht aufgrund der Beweisschwierigkeiten sich hüten wird, Mordlust ohne eine gute Beweisgrundlage zuzuschreiben.

In der forensischen Psychiatrie der 70er/80er Jahre war „Mordlust“ verpönt, so etwas gab es angeblich nicht, allenfalls als Ausdruck innerer Zerstörung im Täter, der insoweit ein Opfer erlittener Gewalt oder zumindest Feindseligkeit sein müsse. Die tatsächlichen Täter, bei denen mit guten Gründen Mordlust angenommen werden kann, entsprechen aber keineswegs diesem Opferklischee, sondern sind nicht selten selbstbewusste, starke, proaktiv aggressive, egozentrische Personen, oft mit hohen Werten in der Psychopathy-Checklist.

Fraglos gehört hier hin auch ein Täter, der erklärt, er habe ohne Grund getötet, oder er brauche keinen Grund um zu töten; er macht es „just for fun“. In diese Gruppe fiel beispielsweise auch ein Berliner Täter, der mit 40 aus der Sicherheitsverwahrung wegen einer Vergewaltigungsserie entlassen, nunmehr eine Überfallserie auf die Berliner Bank startete. In deren Rahmen drehte er sich, als er bereits das Geld von der Kassiererin in die Hand gedrückt bekommen hatte und ungehindert den Tatort verlassen konnte, noch einmal halb um und erschoss die Kassiererin, völlig ohne Not. Die Kammer hatte nicht den Mut, dies als Mordlust zu werten.

Tötungen zur **Befriedigung des Geschlechtstriebes** werden angenommen, wenn der Täter durch die Tötung sexuell erregt wird oder wenn er sich an der Leiche sexuelle Befriedigung verschaffen will, schließlich auch in Fällen einer Vergewaltigung mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz. In gewissem Sinne ist dies eine Ermöglichungs-Tötung. Nur wo das Töten selbst sexuell erregend wirkt, wäre weder von Ermöglichung noch von Verdeckung zu sprechen.

Relativ häufig sind Konstellationen, bei denen es halbwegs einvernehmlich zu sexuellen Handlungen kommt, die Frau aber irgendwann Halt sagt und der Täter dann massiv in Wut gerät und die Frau vergewaltigt und dann tötet, oder tötet und dann vergewaltigt, teilweise nicht wissend, ob die Frau lebt oder tot ist. Dies wird bisweilen als Totschlag abgeurteilt, häufiger wohl als Mord, nicht selten defensiv als Verdeckungsmord, obwohl die Zerstörungswut des Täters nach sexuellen Zurückweisungen nicht primär auf eine Verdeckung der vorangegangenen rechtswidrigen Tat gerichtet ist, sondern eben ein Hass auf die verweigernde Frau, der nicht selten biographisch begründet ist. Wenn die Reihenfolge anders ist, ist die massive Gewaltanwendung (bisweilen) auch nicht primär funktional der Ermöglichung des Geschlechtsverkehrs geschuldet, der dann auch durchgesetzt wird, sondern eben gleichermaßen Ausdruck einer basalen Wut. Trotz der manchmal starken emotionalen Komponente sehe ich keinen Grund, einen solchen Umgang mit sexueller Zurückweisung zu privilegieren; es gab aber Kollegen, die dann sehr lyrisch wurden und von existentiellen Verlassenheitsängsten sprachen, mit Erfolg: § 21 StGB.

Bei den sexuell konnotierten Morden an sexuell missbrauchten Kindern geht es ganz überwiegend um Verdeckungstaten, vereinzelt aber auch um Zerstörungsaktionen gegen das ablehnende, widersetzliche, den Täter demaskierende und brüskierende Kind, durch das sich der Täter in seiner Niedrigkeit und Würdelosigkeit durchschaut fühlt, weil das Kind zufällig die richtigen Worte gefunden hat und das er dann mit Vernichtungswut tötet.

Niedrige Beweggründe. Der schiere Wunsch zu zerstören, alles kaputtzumachen, egal was dann noch kommen mag, unterscheidet sich in gewisser Weise von dem oben skizzierten Modell von Mordlust; wir finden es bei einem innerfamiliären Amoklauf oder auch bei manchen Brandstiftern, denen unbekannte Menschen zum Opfer fallen, und die einfach nur zerstören wollen, wobei dann, gerade in der Brandstiftung, das Zerstören von Dingen, die mühsam geschaffen wurden, und das Zerstören von Menschen ineinander übergeht.

Eine solche Tat kann in Wut, gereizter Missstimmung, Kränkung begangen werden, aber auch in kühler, zynischer, verachtungsvoller Haltung, die nur die eigene Grandiosität erkennt. Es wäre dies dann wohl ein „sonstiger“ niedriger Beweggrund. Günter Heine⁵⁵ hat die niedrigen Beweggründe als eine „solipsistische Rücksichtslosigkeit der Interessenverwirklichung“ bezeichnet. Janzarik⁵⁶ (Seite 665) erklärte, er würde statt „solipsistisch“ das Wort „menschverachtend“ vorziehen. Es geht um Taten, die eine ausgeprägte Menschenverachtung

⁵⁵ Günter Heine (1988) Tötung aus 'niedrigen Beweggründen', Duncker und Humblot, Berlin

⁵⁶ Werner Janzarik (1992) Die Mordmerkmale aus der Sicht des psychiatrischen Sachverständigen. Nervenarzt 63:656-667

des Täters verdeutlichen. Auch sie implizieren das Risiko einer überdauernden Gefährlichkeit dieses Täters. Unter diese Rubrik fallen natürlich auch alle Tötungsdelikte, wo sich jemand anmaßt, jemand anderen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Herkunft oder seiner religiösen oder politischen Glaubensüberzeugung zu töten. Auch wenn es unter den Verurteilten mehrere Personen gibt, die aktuell oder zeitweise rechtsradikale Positionen vertreten haben (unter den Sexualstraftätern scheinen sie mir noch häufiger), ist in den bisher gemusterten Fällen keiner enthalten, der eine solche rassistische oder ideologische Motivation gehabt hätte (unter den noch unbearbeiteten ist der Fall des Terroristen Weinrich); im Grundsatz lassen sich solche Taten mühelos den „sonstigen niedrigen Beweggründen“ subsumieren. Eine eigenständige Hervorhebung fremdenfeindlicher, rassistischer, aus religiösem Fanatismus begangener Taten, die alle mit niedrigen Beweggründen erfasst sind, wäre im Wesentlichen etwas fürs Auge und fürs Publikum, vielleicht ein symbolisches Bekenntnis der Staatmacht.

Relativ problemlos erscheint mir das Merkmal **Habgier**. Diese Zuschreibung ist in fast allen Fällen sehr stimmig. Grundsätzlich überzeugt, dass derjenige, der über Leichen geht, um sich zu bereichern, die Höchststrafe verdient. Dabei ist derjenige, der wie im „Pferdewirtefall“ für 500 Euro mordet, keineswegs schuldärmer als derjenige, der hinterher die Millionen der Lebensversicherung kassieren will.

Heimtücke. Ich habe in den Diskussionen der Kommission bereits verdeutlicht, dass ich hinsichtlich des Merkmals „Heimtücke“ unmusikalisch bin. Heimtücke ist kein psychiatrisch zu erhellender Begriff, es bezeichnet eine relativ klare Tatkonstellation, die entweder gegeben ist oder nicht. Allenfalls an der Frage der *bewussten* Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit mag sich zur Not ein Psychiater abarbeiten, was aber letztlich eingegrenzt werden dürfte auf Täter, die zum Tatzeitpunkt entweder akut psychotisch waren oder massiv beerauscht. Für alle anderen mag die Tatsache der Arg- und Wehrlosigkeit nicht ausschlaggebend gewesen sein für den Tötungsentschluss, man hat diese Situation aber offenbar gerne genutzt, um den Taterfolg sicherzustellen. Insofern bin ich nicht einer Meinung mit Janzarik (FN 4, S. 666), dass tatbestandsmäßige Heimtücke im besonderen Maße ein Erfassen und Erschließen situativer Begebenheiten voraussetzt, und dass daraus folge, dass schon eine mäßige Beeinträchtigung von Wachheit und Orientierung, etwa durch Alkohol, Drogen, emotionale Erregung, Intelligenzschwäche geeignet sein kann, den Vorsatz einer heimtückischen Tötung infrage zu stellen. Es geht letztlich nur darum, ob der Täter realisieren konnte, dass dies eine günstige Gelegenheit ist. Das geht auch, wenn man müde, etwas dumm und leicht

alkoholisiert ist. Das Erkennen solcher Gelegenheiten scheint fast schon eine Domäne solcher Personen zu sein.

Nachvollziehbar erscheint mir als Psychiater die juristische Argumentation, dass die Sanktionierung der Heimtücke ein Akt des Vertrauensschutzes ist, dass also der vertrauensvolle Umgang von Menschen miteinander geschützt wird, indem ein Angriff außerhalb einer erkennbaren Konfliktsituation als besonders verwerflich angesehen wird. Damit könnte ich mich durchaus anfreunden. Psychiatrisch ist dazu aber kaum etwas beizutragen.

Ermöglichung und Verdeckung. Die im Berliner Kollektiv sichtbaren Fälle, bei denen das Merkmal der **Ermöglichung** einer Straftat festgestellt wurde, sind für mich völlig überzeugend. Es wird eine Person ausgeschaltet, um dann ungehindert deren Besitz an sich zu bringen oder andere Straftaten zu begehen. Auch den Laien überzeugt, dass derjenige, der zur Begehung eines Vergehens oder eines Verbrechens einen Menschen tötet, in höchstem Maße verwerflich handelt. Dabei handelt es sich hier, anders als beim Verdeckungsmord, um Menschen, die in ihrer Entscheidungsfreiheit noch nicht eingeengt sind, die also einen großen Entscheidungsspielraum haben und noch nicht in Zugzwang sind. Wer primär, in der Planung einer Tat, bereits in Kauf nimmt, dafür Menschen töten zu müssen, verdeutlicht natürlich auch eine bestimmte Gesinnung, und in forensisch-psychiatrischer Sicht sind bei ihm Charaktermängel zu vermuten, die eine fortdauernde Gefährlichkeit signalisieren könnten.

Hinsichtlich der **Verdeckungstaten** ist immer wieder festzustellen, dass es eher Taten von charakterlich schwachen, feigen Tätern sind, die sich zur Vermeidung von (bisweilen ganz geringen) eigenen Nachteilen entschließen, ein Menschenleben auszulöschen. Teilweise imponiert dies als eine überstürzte Fehlentscheidung vor dem Hintergrund einer entsprechenden Verleugnungs-Sozialisation (nicht zuletzt Heimerziehung), wo der Betreffende es gelernt hat, mit immer erneuten Vorwürfen eigenen Fehlverhaltens und Regelverstoßes zu leben und stets zu leugnen, weil Gestehen keine Vorteile bringt, sondern nur Nachteile. So wird dann auch oft stümperhaft versucht, die Spuren von impulsiv oder doch unbedacht begangenen Taten zu verwischen, einschließlich der Tötung zur Verdeckung der Tat, und nicht selten in einer Konstellation, in der eigentlich absehbar sein musste, dass der Verdeckungsmord seinerseits nicht zu verdecken sein wird, sondern umso sicherer zur eigenen Überführung als Täter und zur Bestrafung führen wird. Das psychiatrische Bild der Verdeckungstäter ist weit gefächert; es gibt darunter durchaus Täter, die eigentlich ein konventionelles Wertesystem haben und durchaus einen positiven Normenbezug, die aber, nicht zuletzt aus sexueller Begierde heraus, eine Straftat begangen haben und sich dann, vermeintlich zur Ver-

meidung der eigenen Bloßstellung als Straftäter und des damit verbundenen sozialen Absturzes, zur Verdeckungstat entschlossen haben, unter Verdrängung des eigenen Wissens darum, wie feige und niederträchtig eine solche Tat ist. Dies sind Täter, die nicht selten bereits im Erkenntnisverfahren unter ihrer Tat leiden und einen Begriff davon haben, was sie getan haben. Im Mittelfeld sind viele mehr oder weniger schwache Täter, die mehr oder weniger ihr ständiges Scheitern und ihre immer erneute Delinquenz als teilweise selbst verschuldet, aber doch irgendwie schicksalhaft erleben. Den Gegenpol markieren schließlich Täter, die zum Beispiel nach dem sexuellen Missbrauch eines Kindes das Kind beseitigen, wie man eine ausgequetschte Orange in den Mülleimer wirft; das ist nicht nur ein Bild, sondern in manchen Fällen durchaus fassbare Realität, eine Menschenverachtung, dass einem der Atem stockt.

Grundsätzlich halte ich es aus generalpräventiven Gründen für ausgesprochen sinnvoll, wenn Ermöglichung und Verdeckung zur Höchststrafe führen.

Aus meiner persönlichen Sicht als forensischer Psychiater drängt sich kein weiteres Mordmerkmal auf, und es drängt sich andererseits auch angesichts der bestehenden juristischen Auslegung der Mordmerkmale keine Notwendigkeit auf, eines der Mordmerkmale fallen zu lassen oder zurückzustufen auf einen Sachverhalt, der bei Totschlag anzusiedeln wäre.

Ob die bis jetzt als Mord klassifizierten Sachverhalte weiter in die zur Höchststrafe verpflichtende Gruppe gehören sollen, unterliegt einer normativen, juristischen, wenn man will auch rechtspolitischen Bewertung. Am ehesten erschiene mir sinnvoll, dass die Tötung mehrerer Menschen als weiteres Mordmerkmal gefasst wird. Offen bin ich für die diversen Vorschläge, die bestehenden Merkmale etwas anders zu formulieren und expliziter zu machen; die in der lang dauernden Reformdiskussion gemachten Formulierungsvorschläge, sofern sie Mordmerkmale enthielten, variierten ja im Wesentlichen die bestehenden Vorgaben. Ein Teil dieser alten Vorschläge, zum Beispiel das gewohnheitsmäßige unerlaubte Mitsichführen einer Schusswaffe, mit der man tötet, oder das bandenmäßige Begehen eines Tötungsdelikts plädiert für eine rein kriminologisch zu begründende Einbeziehung typischer Fälle berufskrimineller Tötungen.

Ich habe eingangs gesagt: Das Motiv erschließt sich in Maßen aus dem Tatgeschehen, der Tatvorgeschichte und den Äußerungen über die Tat. Sicherlich lassen unterschiedliche Begehungsformen etwas ahnen von der Persönlichkeit und einer überdauernden Gefährlichkeit. Es bleibt aber dabei: Die Persönlichkeit erschließt sich allenfalls sekundär auch über die Tat:

Notwendig ist eine tatunabhängige Analyse der Persönlichkeit und dann ihre sekundäre Verknüpfung mit Tatmotiv und Tat.

Höchststrafe für Mord?

Die lebenslange Freiheitsstrafe ist Nachfolgerin der Todesstrafe für Mord. Sie rettet einen Aspekt des Talionsprinzips in eine Gesellschaft ohne Todesstrafe. Ausgangspunkt ist eine unterstellte maximale Schuldschwere, welche die staatlich durchgeführte physische Hinrichtung (ursprünglich vor aller Augen), die Auslöschung des Mörders, legitimiert: Ein Blutrachemonopol des Staates, gewollt vom Rachewunsch des Volkes.

Der vermutlich sehr starke Volkswille ist das wahre Unterfutter der juristischen Diskussion über Mord-Definitionen. „Mörder“ ist eine mythische Kategorie. Die Zuordnung von „Mord“ zu der jeweils möglichen Höchststrafe ist ein soziales Sakrament: Zur Abwehr des bedingungslosen Bösen, und als solches unverzichtbar.

Dahinter steht aber auch die Vorstellung, dass wer einmal Mörder geworden ist, lebenslang Mörder bleibt und immer schon war: Kain, Ödipus, Orest, Barabbas, Raskolnikoff. Aber auch mythologisch gibt es erstaunliche Ausnahmen bei der Strafe: Kain wird durch das Kainsmal vor Strafe geschützt, Ödipus durch einige Götter und Sigmund Freud.

Aber sonst gilt: Kaum ist jemand zum Mörder geworden, endet seine bürgerliche Existenz durch Auslöschung, zumindest durch soziale Auslöschung, und das heißt lebenslange Freiheitsstrafe.

Wie wichtig diese mythologische Funktion ist, wird deutlich in den in das Menschheitsbewusstsein eingehenden Extremfällen, wie im Prozess gegen Adolf Eichmann, an dem Israel das einzige in seiner Geschichte geführte Todesurteil vollstreckte. Hannah Arendt beschloss 1963 ihren fiktiven Richterspruch im Prozess gegen Adolf Eichmann, man könne niemanden zumuten, mit jemandem fortzuleben, der sich angemaßt hatte zu entscheiden, „wer die Erde bewohnen soll und wer nicht“. „Es kann keinem Angehörigen des Menschengeschlechts zugemutet werden, mit denen, die solches wollen und in die Tat umsetzen, die Erde zusammen zu bewohnen. (...) Dies ist der Grund, der einzige Grund, dass sie sterben müssen.“(FN 5 S.86 f.) Hans Blumenberg⁵⁷ warf ihr in sehr heftigen, jetzt erst aus dem Nachlass veröffentlichten Aufzeichnungen vor, Hannah Arendt habe „ganz und gar die kathartische Bedeutung des staatlichen Aktes verkannt, den Genozid-Täter aus dem südamerikani-

⁵⁷ Hans Blumenberg (2015) Zu Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem. In: Ders., Rigorismus der Wahrheit. ‚Moses der Ägypter‘ und weitere Texte zu Frund und Arendt. Suhrkamp, Frankfurt

schen Versteck herauszuholen und ihn inmitten des Landes und Volkes zu richten, dessen Untergang wie dessen Staatswerdung dieser Mann verursacht hatte, das eine ohne es zu wollen“ (S.76). Er sprach von einem „Nichtverstehen einer mythischen Notwendigkeit von archaischer Gewalt“ und schließlich: „Das Ungeheuer ist reinen Gewissens, es wird getötet, nicht bestraft, zum Verschwinden gebracht von der Erde (die Asche nicht über dem Heiligen Land, sondern über dem Meer ausgestreut).“ (78 f.)

Im Gegensatz zum Genozid-Täter, zum terroristischen Massenmörder, der als Feind behandelt wird und der stirbt wie Osama bin Laden, wird der Tötungsdelinquent in Deutschland im Rahmen der Normen des Strafrechtes behandelt und bestraft, in einer Gesellschaft, wo hoffentlich inzwischen die Todesstrafe auch nicht mehr in Volksabstimmungen mehrheitsfähig wäre. Gleichwohl bleibt seit der Abschaffung der Todesstrafe die Anforderung, den Täter mit der Höchststrafe zu bedenken, und diese kann nicht variabel sein, irgendetwas zwischen 20 und 120 Jahren, sondern sie muss für eine gestalthafte Wahrnehmung eindeutig sein, als absolute Strafe. So bestätigt die lebenslange Freiheitsstrafe den (vorerst finalen) Ausschluss aus der Gesellschaft, den der Täter mit seiner Tat selbst vollzogen hat. Den Ausschluss hat der Täter mit der Tat vollzogen, und wenn er einigermaßen reflektiert ist, wusste er dies auch. Bei Dostojewski heißt es in „Verbrechen und Strafe“ (Seite 158): „Dann drehte er sich um und ging nach Hause. Er hatte das Gefühl, als hätte er sich eigenhändig, wie mit einer Schere, von allen und allem abgeschnitten.“ Dies ist auch die Vorstellung, die Kinder von dem erwerben, was es bedeutet, einen anderen Menschen umzubringen, und was dann in zahllosen Fernsehfilmen und anderswo bedient wird: Wer so etwas macht, macht das Schlimmste, was man überhaupt tun kann, und wer das getan hat, gehört nicht mehr zu den anderen, sondern hat sich selbst ausgeschlossen und flieht panisch über die Marschen an der Themsemündung wie der Mörder Bill Sykes in Oliver Twist von Charles Dickens.

Wir sind uns wahrscheinlich einig darüber, dass in der Neufassung der Regelungen über die Tötungsdelikte der Begriff „Mörder“ verschwinden muss, und dass gegebenenfalls von Mord zu sprechen ist. Dies halte ich für eminent wichtig, gerade unter vollzuglichem Aspekt, weil es darum gehen muss, dass solche Täter nicht lebenslang abgestempelt sind, sondern Täter einer einmaligen umschriebenen Tat bleiben.

Es ist aber nicht zu verhindern, dass „Mörder“ eine mythische Kategorie ist, der auch der Täter unterliegt. Auch er definiert sich zumeist schnell als Mörder. Es gehört zu seiner psychischen Realität, dass er nie wieder ohne die begangene Todsünde leben können.

Diese mythische Figur wird dann aber gefährlich, wenn sie in das psychologische Konstrukt einer „Täterpersönlichkeit“ verwandelt wird und es als Essenz dieser Persönlichkeit angesehen wird, dass sie tötet. Auch eine entsprechende Selbstdefinition eines Täters als „Mörder“, als Mensch, der nun einmal tötet, ist gefährlich im Hinblick auf das Risiko von erneuten Tötungsdelikten.

Aus dem Strafgesetzbuch ist der Begriff „Mörder“ zu verbannen. Die Formulierung „Mörder ist ...“ und „Der Mörder wird ...“ sind im StGB ohne Parallele. Es wird hoffentlich künftig keine Gesetzesänderungen dahingehend geben, dass es lautet „Kinderschänder ist bereits, wer Fotos ...“ oder „Sexualverbrecher ist, wer ...“. Geahndet werden Taten, Normverletzungen. Der Weg vom Tatstrafrecht zum Täterstrafrecht ist aber schon lange gebahnt, Täterstrafrecht ist modern, Tatstrafrecht liberal-konservativ. Die klassische Strafrechtsschule war bescheiden in ihren Zielen, fokussierte auf die rechtswidrige Tat und sah die Bestrafung als Kompensation des Rechtsbruchs. Sie hatte wenig Interesse an der Person des Angeklagten, außer im Fall der Unzurechnungsfähigkeit, und die Schwere der Strafe sollte der Schwere der Schuld und damit im Wesentlichen der Schwere der Tat entsprechen. Wer seine schuldangemessene Strafe verbüßt hatte, wurde wieder frei, also ein Bürger mit allen Freiheitsrechten und Pflichten. Die „moderne“ Strafrechtsschule sieht das Strafrecht als Weg zu einer idealen, straffatfreien Gesellschaft und fokussiert auf den Täter. Sie sieht Bestrafung als moralische Behandlung des Täters und folgt einer Strategie von „Social Defense“, von General- und Spezialpräventionen zur Auslöschung des Verbrechens. Sie ist primär an der Gefährlichkeit einer Person interessiert und erklärt das Begehen von Straftaten zur „Natur“ („Gehirn“) eines Menschen. Er ist von seinem Gehirn gezwungen, Straftaten zu begehen, daher muss er dauerhaft weggesperrt werden, solange man sein Gehirn nicht ändern kann. Die Rettung besteht dann in „Therapie“. Ohne erfolgreiche Therapie keine Entlassung. So holt uns die Denkfigur des „Mörders“ in der vollzuglichen Praxis wieder ein, auch wenn wir das Wort aus den Paragrafen streichen. Aber dies ist ein Anfang.

Wenn auch die Figur des „Mörders“ jeden Sonntagabend und in all unseren Köpfen weiterlebt, ist es doch für die Strafrechtspflege und auch für die forensisch-psychiatrische Begleitung von Straffälligen entscheidend, dass man sich vom Konstrukt „Täterpersönlichkeit“ löst. Denn Motive ergeben sich nicht monokausal aus Persönlichkeitsstrukturen („dissozial“, „unreif“, „süchtig“, „Impulskontrollstörung“). Motive ergeben sich als Willensbildung einer Person in einer bestimmten, passenden sozialen Situation. Motive ergeben bei weitem keine hinreichende Charakterisierung der Persönlichkeit. Jede Straftat ist im Grundsatz rücksichtslos, aber keineswegs jeder Täter. Keineswegs jeder Gewalttäter hat ein Aggressionsproblem.

Bei tatsächlicher Delinquenz spielen Zufälle, Fehler, Koinzidenzen eine gewichtige Rolle. In einer alles erklärenden Psychotherapie aber gibt es keine Zufälle, herrscht ein striktes Kausalitätsprinzip, das sich in der sozialen Wirklichkeit nie im Vorhinein erkennen, sondern stets nur im Nachhinein behaupten lässt. Insofern sind Gutachten mit größter Vorsicht zu betrachten, die ganz genau wissen, warum ein Täter seine Tat begehen musste, und die ebenso genau wissen, was er in Zukunft tun wird.

Mir scheint die gegenwärtig bestehende Verknüpfung von Mord, absoluter Strafe und tatsächlicher Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren ausgesprochen gelungen, weil diese Konstellation einerseits das breite Empfinden befriedigt, dass auf die Tötung eines Menschen die einzige Antwort die Höchststrafe sein kann, sofern nicht besondere Umstände eine mildere Beurteilung zulassen. Die Höchststrafe für die Tötung eines Menschen, für die Auslöschung eines Menschenlebens, kann nur der lebenslange Ausschluss aus der Gemeinschaft sein. Dies muss mit einem kräftigen, eindeutigen Urteil ausgesprochen werden, und das heißt lebenslang. Nevermore! Insofern wird den Ansprüchen der sozialen Gemeinschaft, der Bürger und über diese des Staates Rechnung getragen.

Den Bedürfnissen und der Würde des jeweils einzelnen Verurteilten wird dadurch Rechnung getragen, dass er nach 15 Jahren in Freiheit entlassen wird, sofern er nicht weiterhin gefährlich ist, oder sofern keine besondere Schwere der Schuld festgestellt wird. Im Grunde ist natürlich die Feststellung besonderer Schuldschwere eine Relativierung der absoluten Strafe, und in manchen Urteilen liest sich das auch etwas kurios, wenn gesagt wird, die Schuld des Angeklagten wiege nicht besonders schwer. Besser wäre die Feststellung, dass keine besondere Schuldschwere vorliegt.

Unbedingt wünschenswert ist die Beendigung der unsinnigen Koppelung von lebenslanger Freiheitsstrafe mit Anordnung der Sicherungsverwahrung, die zudem die absolute Strafe in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit entwertet.

Mit Jörg Kinzig und den Diskutanten nach dessen Vortrag bin ich der Meinung, dass die Festsetzung der Mindestverbüßungsdauer bei besonderer Schwere der Schuld zu einem definierten Zeitpunkt, etwa drei bis fünf Jahre nach Rechtskraft des Urteils, erfolgen sollte. Der Zeitraum wäre lang genug, um den Verurteilten mit dem Verfahren abschließen zu lassen und ihm Zeit zu geben, sich zu besinnen, neu aufzustellen und sich auf den Vollzugsverlauf einzustellen; wenn ihm dann nach drei oder spätestens fünf Jahren eine Perspektive gegeben wird, wieviel Wegstrecke vor ihm liegt, kann er sich daran machen, diese Wegstrecke in Etappen aufzuteilen, sicherlich auch in Kooperation mit einer verständigen Institution, und so die Haftzeit zu einer sozialen Reintegration nutzen.

9. Prof. Dr. Reinhard Merkel

Grundlagenprobleme der „Leitprinzipien“ und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands

I. Leitprinzipien

Ihnen wird üblicherweise die Aufgabe zugeschrieben, die Mordmerkmale unter einem einheitlichen normativen Ordnungsprinzip (oder mehreren solchen Prinzipien) zu erklären, sie als Kriterien der Abgrenzung zum Totschlag zu begründen und damit das aus ihnen abgeleitete Verdikt der Höchststrafwürdigkeit zu legitimieren. Zudem sollen sie eine möglichst kohärente Auslegung des Gesamttatbestands gewährleisten. Seit der Abkehr des Gesetzeswortlauts von dem psychologischen Abgrenzungskriterium des RStGB (Mord als Tötung „mit Überlegung“) werden hauptsächlich zwei Leitprinzipien postuliert: das der besonderen Verwerflichkeit und das der besonderen Gefährlichkeit des Mordes.¹ Andere Autoren halten dagegen eine monistische Orientierung sämtlicher Mordmerkmale nach den Maßgaben eines einheitlichen Grundprinzips für unmöglich oder wenig sinnvoll. Vielmehr müsse für eine plausible Deutung wechselweise jeweils das eine oder das andere Prinzip herangezogen werden, und für manche Mordmerkmale beide zusammen.²

Diese knappen Hinweise sind gänzlich geläufig. Aber schon mit ihnen sind mehr Probleme verbunden, als in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur gemeinhin wahrgenommen oder zugegeben wird. Selten werden diese Probleme genauer erörtert, oft gänzlich ignoriert. Sie bedürfen aber der Klärung, sollen die postulierten Leitprinzipien die Zwecke, die ihnen zugeschrieben werden, plausibel und legitim erfüllen.

I.1 Das Prinzip „Gefährlichkeit“

Worauf genau bezieht sich dieses Prädikat? Wer oder was soll bei einem geschehenen Mord als besonders gefährlich gelten? Der Täter? Seine konkrete Tat? Ein bestimmter Typus tödlichen Handelns, den diese Tat exemplarisch verwirklicht? Oder noch etwas anderes? Die Frage wird bemerkenswert selten gestellt, wiewohl sie sich eigentlich aufdrängt. Antworten darauf findet man dagegen durchaus häufig. Aber da die Frage offenbar regelmäßig nicht für den Ausdruck eines echten Problems gehalten wird, erfolgen solche Antworten meist beiläufig

¹ Für „Verwerflichkeit“ etwa: Lackner/Kühl Rn. 18 vor § 211; Sch/Sch-Eser Rn. 4 vor § 211; Köhler, GA 1980, 121 ff.; Votteler, Das Mordmerkmal der ‚sonst niedrigen Beweggründe‘ (etc.) (2014), 15 f. Für „Gefährlichkeit“ MK-Schneider, § 211 Rn. 18 ff.; Hilgendorf in Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (künftig „AWHH“), Strafrecht BT³ (2015), § 2 Rn. 21; Arzt, ZStW 83 (1971), 16, 24; Rieß, 53. DJT, Diskussionsbeitrag M 73.

² NK-Neumann, Vor § 211 Rn. 139; Rüping, JZ 1972, 619; Albrecht, JZ 1982, 699 ff.; Saliger, ZStW 109 (1997), 308 ff.; Otto, BT, § 2 Rn. 25.

fig apodiktisch und eher wie das „Mitnehmen“ einer Selbstverständlichkeit. Das sind sie jedoch keineswegs. Schlagend spiegelt dies der Umstand wider, dass sie ganz unterschiedlich ausfallen. Die einen nennen als Bezugsgegenstand des Gefährlichkeitsurteils den Täter, die anderen die Tat und wieder andere ein Element des Tötungsvorgangs, das sich sowohl der Tat als auch dem Täter zuordnen lässt (und gelegentlich auch weder diesem noch jener).³

1.1.1 Bezugsobjekt: der Täter?

Auf den Täter kann das Verdikt des Leitprinzips „Gefährlichkeit“ freilich nicht sinnvoll bezogen werden.⁴ Dass er im Moment des Ansetzens zu seiner Tat für sein Opfer extrem gefährlich war, ist trivialerweise wahr. Aber das kann mit einem auf ihn bezogenen Leitprinzip „Gefährlichkeit“ nicht gemeint sein. Wurde die Tat vollendet, war er ja weit mehr als nur gefährlich, nämlich tödlich destruktiv für sein Opfer - und eben dafür wird er bestraft. Das konkrete Lebensgefährlichsein unmittelbar vor der Tat (wie „besonders“ auch immer es gewesen sein mag) ist begrifflich nur ein Teilelement der Lebensvernichtung und somit in dieser notwendig eingeschlossen. Das Gewicht des Unrechts der tödlichen Gefährlichkeit wird daher von der Strafe für das nachfolgende Unrecht der tödlichen Wirksamkeit vollständig erfasst und abgegolten – also von der Strafe für den Totschlag.

Was mit dem Prinzip einer mordbegründenden Gefährlichkeit des Täters somit allenfalls gemeint sein kann, ist dessen *fortdauernde* persönliche Gefährlichkeit auch noch nach der Tat, in der sie sich manifestiert hat. Aber davon kann die Frage, ob er wegen Mordes zu verurteilen ist, schlechterdings nicht abhängen. Nehmen wir an, er sei selbst durch die Mordtat (oder nach dieser auf der Flucht) schwer verletzt worden, seither vollständig gelähmt und damit auf Lebenszeit ungefährlich. Wegen Mordes bestraft werden müsste er gleichwohl. Und was eine möglicherweise fortbestehende Gefährlichkeit anbetrifft, so ist es nicht legitim, die Feststellung höchststrafwürdiger Schuld und das korrespondierende Maß der Strafe für eine begangene Tat auf Befürchtungen für die Zukunft zu gründen, also auf Umstände, die genuin zum Maßregelrecht und allenfalls noch zum Vollzugsrecht (§ 454 Abs. 2 StPO) gehören.⁵

³ Ausdrücklich von Gefährlichkeit „des Täters“ spricht *Otto*, BT, § 2 Rn. 22, 25, § 4 Rn. 1 (der selbst aber monistische Deutungen ablehnt); ebenso *Hilgendorf* (wie Anm. 1); *Arzt* (wie Anm. 1); ähnlich *Schünemann*, FS Bockelmann, 1978, 117 ff., 132 (manifestierte „Rückfallgefährlichkeit“ des Täters, allerdings auch „generalpräventive Strafbedürfnisse“); in der Sache auch 53. DJT, Beschlüsse (1980), II.2.4. Alt., M 164: „besonders gefährliche Einstellung gegenüber Leib und Leben“; das kann sich naturgemäß nur auf den Täter beziehen. „Gefährlichkeit der Tat“ dagegen bei NK-*Neumann*, Vor § 211 Rn. 138 (der selbst ebenfalls monistische Deutungen verneint); schwankend MK-*Schneider*, § 211, einerseits Rn. 18: besondere Gefährlichkeit der „Tötungen“ (was die Einzeltat wie den in ihr verwirklichte Tattypus bezeichnen kann), andererseits Rn. 19, 86 u.ö.: „hochgradig gefährliche Einstellung“ des Täters; vermutlich sind sowohl die Tat als auch der Täter in Bezug genommen.

⁴ § 454 Abs. 2 S. 2 StPO, der eine mögliche Aussetzung des Strafrests zur Bewährung von der psychiatrischen Prognose künftiger Ungefährlichkeit des Täters abhängig macht, ändert daran selbstverständlich nichts; er regelt etwas ganz anderes und hat mit unserer Frage keinen Zusammenhang.

⁵ Ebenso MK-*Schneider*, § 211 Rn. 17 (m.w.N.), der einen anderen („generalpräventiven“) Gefährlichkeitsansatz vertritt; zu diesem im Folgenden.

Bestraft werden kann der Täter nur für das Maß der Schuld, das er mit seiner Tat verwirklicht hat, nicht für das seiner Gefährlichkeit, das in ihr zum Ausdruck gekommen ist.

1.1.2 Die konkrete Tat?

Will man daher das Leitprinzip „Gefährlichkeit“ auf „die Tat“ beziehen, so fragt sich, ob damit die konkrete Einzeltat oder ein in ihr verwirklichter Typus tödlichen Handelns gemeint ist. Sinnvoll kann allenfalls das letztere sein. Gewiss war die konkret geschehene Tat extrem gefährlich und mehr als das, nämlich vernichtend. Aber sie ist Vergangenheit. Und wie alle Geschehnisse im raum-zeitlichen Kontinuum des Universums kann sie sich nicht wiederholen, also für niemanden mehr gefährlich sein.

1.2 Der Vorschlag des AE-Leben 2008

Hieran erweist sich auch der Vorschlag des „AE-Leben“, eine spezifische Form des Leitprinzips „Gefährlichkeit“ einem künftigen reformierten Mordtatbestand als Maßgabe für die Strafzumessung ausdrücklich einzuschreiben, als wenig überzeugend. Er lautet so: „Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“.⁶ Das wird man schwerlich anders lesen können denn als bezogen auf die konkrete Tat. Aber diese selbst bzw. das in ihr verwirklichte (ggf. „erhöhte“) Unrecht ist niemals geeignet, die Rechtssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Denn sie ist Vergangenheit. Allenfalls indirekt könnte sie eine solche bedrohliche Wirkung auf die „Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ ausüben, nämlich im Modus einer Art ansteckender Vorbildwirkung, die potentielle andere Täter zu ähnlichen Taten animieren könnte. Aber abgesehen davon, dass die in dem Entwurf vorgeschlagene Wendung ersichtlich so nicht gemeint ist, erscheint eine solche „Infektionswirkung“ typischer Mordtaten schon auf den ersten Blick wenig wahrscheinlich.⁷ Einer seriösen empirischen Beglaubigung dürfte sie nicht fähig sein. Gewichtiger ist aber ein normativer Einwand: Dem Täter eines Mordes wären die künftigen Tötungsentschlüsse Dritter selbst dann nicht zuzurechnen, wenn diese aus seiner Tat die bössartige Anregung zu ihrer eigenen beziehen sollten. Dann ist ihm aber die bloße abstrakte Gefahr, zu einer derart vergifteten Inspirationsquelle zu werden, erst recht nicht als Element seiner Tatschuld zuzurechnen. Das Verdikt seiner Höchststrafwürdigkeit gerade darauf zu stützen, wäre illegitim.

⁶ Heine et al., Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben, GA 2008, 193, 200. - In anderen Hinsichten ist der Entwurf dem geltenden Recht weit überlegen und deshalb nachdrücklich zu begrüßen. (Dazu unten, sub III.)

⁷ Von einer möglichen Infektionswirkung bestimmter Formen spektakulärer *Suicide* weiß man dagegen spätestens seit den Folgen der Publikation von Goethes „Werther“. Über eine vergleichbare Wirkung von Morden ist meines Wissens nichts bekannt. Selbstverständlich können in Einzelfällen auch Mordtaten Einfluss auf Nachahmer haben. Typischerweise wird es dabei aber um die „Vorbildwirkung“ einer bestimmten *Art und Weise* des Tötens gehen, also des „Wie“ der Tat, nicht aber des „Ob“ eines Tötungsentschlusses überhaupt. Ein Beispiel dafür sind bestimmte spektakuläre Massenmorde mit anschließenden Suiziden der Täter, v.a. die sog. „school shootings“; dazu *Auxemery*, in: *Comprehensive Psychiatry* 56 (2015), 149-154.

1.2.1 „Lebenssicherheit“ vs. Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit

In der Begründung, mit der die Verfasser des AE-Leben ihr Postulat stützen, spiegelt sich die Unsicherheit über den Bezugsgegenstand des Gefährlichkeits-Kriteriums wider. Darin heißt es, die Verhängung der Höchststrafe sei „unter präventiven Gesichtspunkten“ dann gerechtfertigt, „wenn nach außen hin eine über die individuelle Tötung hinausgehende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit in Frage steht“.⁸ Anders als in der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung („besonders erhöhtes Unrecht“), scheint nun nicht das konkrete Tatunrecht, sondern etwas darüber Hinausgehendes als Quelle dieser Gefahr identifiziert zu werden. Wie wäre eine solche Zukunftswirkung des individuellen Tatumrechts über sich selbst hinaus denkbar? Durch Erzeugen des Eindrucks, schreiben die Autoren, dass „jeder Bürger zum Opfer werden könnte“, womit die Tat zum Ausdruck bringe, „dass der Rechtswert Leben als solcher in Frage gestellt wird“. Aber zum Opfer der konkreten (vergangenen) Tat kann niemand mehr werden. Und deren denkbare Infektionswirkung auf potentielle Nachahmer ist, von ihrer empirischen Unwahrscheinlichkeit abgesehen, dem Täter nicht als Element von Unrecht und Schuld seiner eigenen Tat zuzurechnen. Eine *tatsächliche* „Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ durch diese Tat lässt sich also nicht sinnvoll behaupten.

Im Übrigen wird „der Rechtswert Leben als solcher“ durch jede vorsätzliche Tötung „in Frage gestellt“. Gemeint ist offenbar ein Infragestellen dieses Rechtswerts, welches über das mit jedem Totschlag verbundene erheblich hinausreicht. Was genau könnte das sein?⁹ Die Antwort der Autoren ist wenig befriedigend: „Infolge des sozialpsychologischen Eindrucks der Beliebigkeit der Tat ist eine Zunahme der Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung zu besorgen.“¹⁰ Aber das allgemeine Sicherheitsgefühl ist ersichtlich etwas anderes als die allgemeine Lebenssicherheit. Deren Bedrohung mit der Bedrohung jenes Gefühls begründen zu wollen, ist ein *non sequitur*.

Doch ist auch die Behauptung, das allgemeine Sicherheitsgefühl sei gerade durch Mordtaten besonders bedroht, wenig plausibel. Die Annahme ist, wie die Autoren selbst einräumen, eine empirische „Alltagshypothese“. Sie dürfte weder wissenschaftlich bestätigungsfähig

⁸ AE-Leben (wie Anm. 6), 210.

⁹ Besonders intensiv negiert den „Rechtswert“ Leben ersichtlich die vorsätzliche Tötung *mehrerer* Opfer (die de lege lata auch als mehrfacher Totschlag möglich ist). Deshalb fordern die Autoren des AE-Leben mit guten Gründen, solche Mehrfachtötungen stets als Mord zu bestrafen. Aber diese erhöhte Quantität der Lebensnegierung im einzelnen konkreten Fall ist mit der oben zitierten Formulierung von der „über die individuelle Tötung hinausgehenden Bedrohung“ für die Allgemeinheit nicht gemeint und wird von ihr nicht erfasst.

¹⁰ AE-Leben (wie Anm. 8); grundlegend in diesem Sinn *Eser*, Gutachten 56. DJT, D 167; ebenso *Heine*, Tötung aus niedrigen Beweggründen, 1988, 215 ff.; nachdrücklich zustimmend MK-*Schneider*, § 211 Rn. 18 f.

sein¹¹ noch ist sie alltagspsychologisch einleuchtend. Eine oberflächliche Suggestivität bezieht sie aus einer Zweideutigkeit der Begriffe „Zunahme“ und „Kriminalitätsfurcht“. Die allgemeine Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung hängt in ihrer schieren *Quantität* (Verbreitung) von der öffentlichen Wahrnehmung der Zahl begangener Straftaten ab, und damit insbesondere von deren medialer Präsenz. Die Zahl der Mordtaten in Deutschland ist seit Jahren rückläufig; und ihre mediale Präsenz dürfte während dieser Zeit ungefähr gleich geblieben sein. Eine zunehmende Ausbreitung der Kriminalitätsfurcht wird sich daher schwerlich auf Mordtaten zurückführen lassen. Bezieht man die Behauptung unterschiedlicher Grade von Kriminalitätsfurcht dagegen auf Differenzen in der *Qualität* (Intensität) von deliktsspezifischen Ängsten jedes Bürgers, der sich vor Verbrechen fürchtet, so liegt es freilich trivialerweise auf der Hand, dass die Furcht vor einem Mord größer ist als die vor einem Wohnungseinbruchsdiebstahl oder einem Raub. Das hat aber mit dem, was der Begriff „wachsende Kriminalitätsfurcht“ bezeichnet, nichts zu tun.¹² Der aus Mordtaten möglicherweise resultierende Effekt „gesteigerter“ Furcht besteht also allenfalls im Auslösen des jeweils individuellen Gefühls, dass ein Mord, als dessen Opfer man sich selbst imaginiert, im Wortsinne „furchtbarer“, nämlich mehr zu fürchten sei als andere Straftaten, nicht dagegen in einer Ausbreitung der gesellschaftlichen Furcht vor Tötungsdelikten. Der erstgenannte Effekt vermöchte aber in seiner trivialen Selbstverständlichkeit die Qualifikation einer vorsätzlichen Tötung zum Mord nicht zu legitimieren.

1.2.2 *Der Tattypus?*

Immerhin macht die zitierte Stelle aus der Begründung des AE-Leben deutlich, dass als Gegenstand des Verdikts besonders erhöhter Gefährlichkeit wohl nicht das Unrecht der konkreten Tat gemeint ist (wie es die Formulierung des vorgeschlagenen Gesetzestextes freilich nahelegt), sondern das allgemeine Unrecht eines in dieser Tat exemplarisch manifestierten Typus tödlichen Handelns. Das erscheint schon auf den ersten Blick deutlich plausibler. Gleichwohl stellen sich auch hier zwei grundsätzliche Fragen. Wenn ich recht sehe, werden sie weder im AE-Leben noch anderswo hinreichend geklärt.

¹¹ Die Autoren zitieren keinen wissenschaftlichen Beleg für ihre These, wiewohl die psychologische und kriminologische Literatur zum Phänomen Kriminalitätsfurcht geradezu riesig ist. Das lässt vermuten, dass man keine bestätigenden Quellen gefunden hat. Mir selbst sind keine bekannt. Zum Thema exemplarisch *Garofalo*, *The Fear of Crime: Causes and Consequences*, in: *The Journal of Criminal Law and Criminology* 72 (1981), 839-857; *Farall/Gray/Jackson*, *Theorising the Fear of Crime: The Cultural and Social Significance of Insecurities about Crime*, 2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012393; *Hawdon*, *Social responses to collective crime: Assessing the relationship between crime-related fears and collective sentiments*, in: *European Journal of Criminology* 11 (1) (2014), 39-56.

¹² *Deren* Zunahme dürfte weit eher mit der Zahl der Wohnungseinbrüche oder Raubtaten zusammenhängen als mit der der Morde. Und die durch spektakuläre Fälle der jüngeren Vergangenheit möglicherweise zunehmende Furcht, zum Opfer einer tödlichen Attacke in öffentlichen Verkehrsmitteln werden zu können, hat ihren Ursprung nicht in der spezifischen Verwirklichung von Mordmerkmalen bei solchen Taten; diese sind vielmehr meist typische Totschlagsfälle, regelmäßig nach vorherigen verbalen oder physischen Auseinandersetzungen.

1.2.2.1 Beschreibungsabhängigkeit des Verdikts

Hier ist die Erste: Wie bestimmt man diesen Typus *sub specie* seiner möglichen Gefährlichkeit? Das ist deshalb bedeutsam, weil der allgemeine Eindruck dieser Gefährlichkeit (auf den die AE-Verfasser ja abstellen) in erheblichem Maße abhängt von der Beschreibung, die man wählt. Je abstrakter sie ausfällt, desto suggestiv dramatischer mag sie anmuten, während sich derselbe Vorgang in einer genaueren Beschreibung weit weniger gefährlich für die Allgemeinheit ausnimmt. Nehmen wir den „Kannibalen-Fall“ (BGHSt 50, 80). Beschreibt man das Täterverhalten so: „Hemmungslose, grob asoziale Befriedigung des eigenen Sexualtriebs auf Kosten des Lebens einer anderen Person“, dann klingt das sehr gefährlich. Beschreibt man es dagegen so: „Befriedigung kannibalistischer Neigung durch Töten eines anderen, der dazu seine Einwilligung gegeben hat“, dann wäre die Behauptung, das bedrohe die Allgemeinheit in besonderem Maße, nicht nur wenig plausibel, sondern nachgerade abwegig. Wie viele „Kannibalen“ gibt es wohl, verglichen mit der Zahl von Leuten, die z.B. nach Wortwechseln in der Kneipe, auf dem Fußballplatz oder in der U-Bahn jähzornig, aggressiv und zu potentiellen Totschlägern werden? Und welches Phänomen erscheint sozialgefährlicher? Und wie viele Leute könnten sich vorstellen, ihre Einwilligung zu einer kannibalistisch motivierten Tötung zu geben? Und wie viele von denen, die es tatsächlich könnten, würden dann ausgerechnet das, wozu sie ihre Einwilligung gäben, besonders fürchten?

Der Zusammenhang zwischen Mordverdikt und gewählter Beschreibung der Tatvorgänge zeigt sich auch in der höchstrichterlichen Judikatur. Das gilt vor allem für Fälle, die der Motivgeneralklausel subsumiert werden. Konkreten Schilderungen besonders verstörender Gewaltakte bei solchen Tötungen folgen regelmäßig (und in nachfolgenden Entscheidungen stets gleichförmig zitiert) abstrakt resümierende Formeln wie etwa: „Der Täter missachtet [...] vollständig den personalen Eigenwert seines Opfers und spielt sich aus reiner Willkür zum Herrn über Leben und Tod auf, was als sittlich besonders verwerflich und somit als niedriger Beweggrund zu qualifizieren“ sei bzw. „die totale Missachtung des Anspruchs jedes Menschen auf Anerkennung seines personalen Eigenwerts“ belege.¹³ Solche Kennzeichnungen werden durch die vorherige Darstellung des jeweiligen Tathergangs zumeist recht eindrücklich beglaubigt – aber regelmäßig wegen dessen Scheußlichkeit, seiner Verwerflichkeit, und nicht deshalb, weil die konkret beschriebene Tat für die Mehrzahl der Bürger auch nur den entfernten Anlass irgendeiner plausiblen Befürchtung hergäbe, etwas Ähnliches könnte auch

¹³ Das erste Zitat BGH NSTZ 2002, 85, 86, m.w.N.; das zweite MK-Schneider, § 211 Rn. 86, der allerdings die Verwendung der leeren Floskel „Herr über Leben und Tod“ seitens des BGH zutreffend kritisiert (Rn. 71).

ihnen passieren.¹⁴ Nimmt man's jenseits von Suggestion und Intuition nicht allzu genau, dann lässt sich in solchen Fällen das Gefährlichkeits-Prädikat noch halbwegs verständlich mit den abstrakt resümierenden Totalurteilen (etwa den oben zitierten) verbinden, nicht dagegen mit den genauer beschriebenen Verläufen der konkreten Einzeltaten.

Was wäre dann aber die angemessene Abstraktionshöhe der Beschreibung? Man mag versucht sein, das mit einem Verweis auf das Gesetz zu beantworten: So abstrakt-generell wie in den Tatbestandmerkmalen des § 211 umschrieben sei der Typus der fraglichen Tat darzustellen, um seine generelle Gefährlichkeit zu erfassen. Doch das ist in zweierlei Hinsicht nicht überzeugend. Erstens läuft man Gefahr, die Begründung zirkulär bzw. apodiktisch, also nichtssagend zu machen. Wer sagt, Tötungen aus Mordlust, Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (etc.) seien besonders gefährlich und deshalb als Mordtaten zu bestrafen, wiederholt nur, was er begründen müsste. Und wer, eingedenk der Untauglichkeit des Kriminalitätsfurcht-Arguments (s.o.), behauptet, die besondere Gefährlichkeit solcher Taten sei evident, ersetzt die Begründung durch das bloße Unterstreichen der Behauptung, die dadurch freilich nicht plausibler wird.¹⁵

Und zweitens ist es grundsätzlich verfehlt, die Beschreibung des Tattypus, dessen negativen Einfluss auf die Kriminalitätsfurcht der Allgemeinheit man dartun will, in Begriffe zu fassen, deren Sinn der durchschnittliche Bürger ohne Juristenausbildung nicht verstehen kann und die ihm im Übrigen in der medialen Darstellung des jeweiligen Verbrechensgeschehens ebenfalls nicht begegnen. Dass sich die furchterzeugende Wirkung einer Beschreibung auf deren Adressaten nur dann schlüssig behaupten lässt, wenn man eine Form dieser Beschreibung unterstellt, die der Adressat verstehen kann, ist offensichtlich. Also werden es wohl vor allem die in den Medien generierten Formen sein (für die keine Maßgaben existieren), wovon der mehr oder weniger furchterzeugende Eindruck abhängt, den die dargestellten Ereignisse im kollektiven Bewusstsein hinterlassen mögen. Für die Begründung einer Höchststrafwürdigkeit begangener Tötungen gewiss eine sehr fragile Unterlage, selbst wenn die Diagnose stimmen sollte, durch solche Darstellungen breite sich die allgemeine Furcht gerade vor Tötungen aus.

¹⁴ In der Mehrzahl der Fälle sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorgänge, die schließlich zur Tötung führen, Elemente von Szenarien, in denen sich nur sehr wenige Bürger jemals selber fänden.

¹⁵ In welchem Sinn es gefährlicher sein oder kollektiv so erscheinen sollte, jemanden zu töten, weil man dessen Geld will oder um sich für einen im beruflichen Konkurrenzkampf erlittenen Nachteil zu rächen (Mord), als den unbewaffneten Kneipengast zu erstechen, mit dem man in eine Kontroverse über Politik geraten ist, oder gar ein zehnjähriges Kind auf dem Spielplatz tödlich zu attackieren, weil es mit dem eigenen Kind in Streit geraten ist (Totschlag), ist schwer zu sehen.

1.2.2.2 Sozialgefährlichkeit und Schuld

Das zweite Problem ist dies: Die Sozialgefährlichkeit des wie auch immer beschriebenen Typus einer Tat hat keinen fassbaren Zusammenhang mit dem Schuldbegriff des deutschen Strafrechts. Die Schuld ist aber die Grundlage für die Zumessung der Strafe (§ 46 StGB). Die Mordmerkmale des § 211 haben keinen anderen Sinn als für die dort angedrohte Höchststrafe die legitimierende Grundlage zu liefern. Also müssen sie die Kriterien der entsprechenden „Höchstschuld“ darstellen. Der etwas unfruchtbare Streit darüber, ob sie das per Steigerung des subjektiven Unrechts oder ausschließlich als schuldsteigernde Merkmale tun, ist hierfür ohne Belang.¹⁶ Die kollektive öffentliche Reaktion eines erhöhten Unsicherheitsgefühls gehört aber ausweislich des § 46 Abs. 2 StGB und ganz unbeschadet ihrer empirischen Unwahrscheinlichkeit nicht zu den rechtlichen Maßgaben für die Bestimmung der Tatschuld. Das Argument hat ersichtlich eine gewisse Nähe zu dem oben formulierten Gedanken, dass der Täter für Dispositionen Dritter, sich an seiner Tat ein Beispiel zu nehmen, nicht einzustehen hat. Auch Dispositionen Dritter, ihr Sicherheitsgefühl irritieren zu lassen, sind nicht Teil seiner Tatschuld, so wenig, wie es andere Irritationen wären, die seine Tat auslösen mag, etwa solche rechtspolitischer, weltanschaulicher, kulturpessimistischer oder gar ästhetischer Provenienz. Moralisch mögen sie ihm alle vorwerfbar sein. Aber das steht auf einem anderen Blatt als dem der Kriterien für die Höchststrafwürdigkeit von Taten und die Legitimation lebenslanger Freiheitsstrafen.

Schließlich ein letzter Aspekt. „Gefährlich“ ist (regelmäßig) ein dreistelliges Prädikat: etwas ist gefährlich für etwas anderes. Was ist hier dieses andere? Wofür genau muss die Tat bzw. ihr abstrakter Typus gefährlich sein? Man möchte meinen, für das in § 211 geschützte Rechtsgut des Lebens. Entsprechend nennt der AE-Leben im Entwurf seines Gesetzesvorschlages auch „die Lebenssicherheit der Allgemeinheit“.¹⁷ Aber deren Bedrohung lässt sich nach allem oben Dargelegten nicht plausibel machen. Und in ihrer Begründung halten die Entwurfsverfasser an diesem Ziel der bedrohlichen Wirkung auch nicht fest. Nun ist die Rede von der „Zunahme der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung“, die zu besorgen sei und die es

¹⁶ Die umstrittene Frage, ob die Merkmale der ersten und der dritten Gruppe in § 211 subjektive Unrechts- oder reine Schuldmerkmale sind, ist keinem Beweis zugänglich. Die Antwort hängt von handlungstheoretischen Hintergrundannahmen ab, für oder gegen deren Plausibilität man sich zuletzt entscheiden muss. Eine verbindliche Richtigkeit dieser Annahmen gibt es nicht, weil sie in hohem Maße auf theoretischen Axiomen beruhen. Eher intentionalistische (oder teleologische) Deutungen, die den subjektiv handlungsregulierenden Anteil als etwas begreifen, das a priori dem Handlungsbegriff selbst zugehört, begünstigen die Auffassung der Mordmerkmale als Unrechtsmerkmale. Eher kausalistische Modelle können dagegen die subjektiven Elemente des Handelns von dessen Begriff analytisch ablösen; diese mag man dann einer anderen Kategorie zuweisen, etwa der einer persönlichen Verantwortlichkeit. Auch in der philosophischen Handlungstheorie, die erheblich differenzierter entwickelt ist als die strafrechtliche, sind diese Grundfragen umstritten.

¹⁷ AE-Leben (wie Anm. 6), 200.

durch die Androhung der Höchststrafe zu verhindern gelte. Nicht die tatsächliche Lebenssicherheit, sondern das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit soll demnach als besonderes (zusätzliches) Schutzgut des § 211 dessen Rechtsfolge legitimieren. Die Tragfähigkeit dieser Legitimation wird man bezweifeln dürfen. Und umso mehr deshalb, weil das allenfalls vorfindliche Unsicherheitsgefühl sich nicht deckt mit dem, was an wirklicher sozialer Bedrohung gerade auf das vom Täter schuldhaft verwirklichte Unrecht realistischer- und legitimerweise zurückgeführt werden könnte.

1.2.3 Abschreckungsprävention?

Nun mag man sagen: Eine tatsächliche Sozialgefährlichkeit könnte, ja müsste entstehen, wenn für Mordtaten keine hinreichend gravierende Strafe angedroht würde; und hinreichend sei eben nur die absolute Strafandrohung des § 211 StGB. Aber das ist nicht die im Streit um die Leitprinzipien des Mordtatbestands gemeinte Gefährlichkeit, sondern nichts anderes als das klassische Postulat der negativen Generalprävention Feuerbachscher Provenienz. Bevor man jedoch ein erhöhtes Abschreckungsbedürfnis für bestimmte Taten behaupten kann, muss man gezeigt haben, dass diese besonders gefährlich sind; nicht dagegen kann man umgekehrt die besondere Gefährlichkeit darauf stützen, dass es ein besonderes Abschreckungsbedürfnis gebe. Der Verweis auf eine angebliche Notwendigkeit der besonderen Abschreckung trägt daher zur Klärung der Frage nach den richtigen Leitprinzipien nichts bei. Vielmehr setzt er diese Klärung voraus.¹⁸ Die altehrwürdigen Kontroversen über die Feuerbachsche Generalprävention bedürfen deshalb keiner weiteren Erörterung. Denn um sie geht es hier nicht.

1.3 Ergebnis: Unhaltbarkeit des Leitprinzips „Gefährlichkeit“

Oft wird behauptet, das Leitprinzip der Sozialgefährlichkeit habe gegenüber dem „moralisierenden“ der Verwerflichkeit den Vorzug höherer Rationalität oder Wissenschaftlichkeit.¹⁹ Das ist nicht richtig. Im Gegenteil erweist sich ein generelles Leitprinzip „Gefährlichkeit“ für den Mordtatbestand bei genauerem Hinsehen als unplausibel, scheinrational und irreführend. Die dafür bemühten Argumente gründen regelmäßig in Mehrdeutigkeiten ihrer zentralen Begriffe, die ungeklärt bleiben. Analysiert man sie genauer und filtert die unbrauchbaren Bedeutungen aus, so erweisen sich die Argumente als inkohärent oder empirisch verfehlt. Und daraus folgt: Eine Deutung der Mordmerkmale als Ausdruck einer besonderen Sozialgefährlichkeit

¹⁸ Zirkelschlüssig deshalb die mit dem Leitprinzip „Gefährlichkeit“ regelmäßig verbundene Behauptung, dessen Legitimität ergebe sich auch daraus, dass es allein auf einen „generalpräventiven Bedarf“ ziele (AE-Leben, aaO, 221, m.w.N.). Ein solcher Bedarf setzt aber die besondere Gefährlichkeit voraus; zu deren Begründung trägt er nichts bei. Im Übrigen stehen der Behauptung sämtliche altbekannten Einwände entgegen, die eine rein negativ-generalpräventive Straftheorie diskreditieren.

¹⁹ Pars pro toto *Heine* (Anm. 10, 171, m.zahlr.w. N.); zustimmend MK-*Schneider*, § 211 Rn. 18 ff.

des verwirklichten Unrechts kann den Sprung von der zeitigen zur lebenslangen Strafe nicht legitimieren. Denn sie ist nicht haltbar.²⁰

1.4 Das Prinzip „Verwerflichkeit“

Die gegen dieses Prinzip oft geäußerten Vorwürfe der Irrationalität und einer Vermischung von (kantianisch gesprochen) Legalität und Moralität²¹ beruhen zu erheblichen Teilen auf Missverständnissen und irrigen Annahmen über die Prämissen, die Reichweite und die Legitimation strafrechtlichen Zwangs und seiner gesetzlichen Androhung. Das erste dieser Missverständnisse ist eine Verwechslung des Urteils über die Verwerflichkeit einer Tat mit einem Befund über die „Gesinnung“ des Täters.²² Konsequenterweise befürchtet man dann eine „Ethisierung“ oder „Moralisierung“ des Strafrechts. „Verwerflich“ ist aber keineswegs nur ein Prädikat für Gesinnungen oder Charaktere von Tätern, sondern auch eine genuine Kategorie zur Beurteilung des Unrechts einer Tat. Je gewichtiger der Angriff auf die Verbotsnorm, der sich in einer Tat manifestiert, desto gewichtiger ist das Unrecht dieser Tat und desto höher das Maß ihrer rechtlichen Verwerflichkeit. Der Zusammenhang ist trivial. Es wäre einigermaßen bizarr zu sagen, ein Mord sei zwar selbstverständlich verwerflicher als eine Beleidigung, aber das lasse sich nur als moralisches, nicht als rechtliches Urteil formulieren, weil der Begriff Verwerflichkeit im Recht keinen legitimen Platz habe.

1.4.1 Subjektive Merkmale nicht geeignet zur Steigerung der Schuld?

Mehr Gewicht hat ein anderer Einwand: Es könne keine Schuldsteigerungen allein durch spezifische subjektive Zustände eines Täters während seiner Tat geben. Die strafrechtliche Schuld könne und dürfe nur soweit reichen, wie sie dem verwirklichten objektiven Unrecht der Tat entspreche. Zu diesem dürften rein mentale Zustände aber nicht gerechnet werden. Denn das Recht habe, wie seit Kants „Rechtslehre“ in liberalen Verfassungsstaaten nicht mehr zweifelhaft sei, in einer freiheitsrechtlichen Ordnung allein die Aufgabe der Regulierung des äußeren Verhaltens der Rechtssubjekte in deren Beziehung zu allen anderen. Es maximiere und sichere die gleiche, reziprok garantierte Handlungsfreiheit aller. Nur was *hiergegen* verstoße, könne im juristischen Sinn Unrecht sein. Rein innere (mentale) Zustände oder Haltungen berührten dieses äußere Rechtsverhältnis jedoch nicht. Sie gehörten somit nicht

²⁰ Zur Vermeidung von Missverständnissen: Die im Merkmal „gemeingefährliches Mittel“ ganz offensichtlich vorausgesetzte Gefährlichkeit als Grundlage der Mordqualifikation hat mit dem oben erörterten „Leitprinzip Gefährlichkeit“ nichts zu tun. Bei diesem geht es, wie der AE-Leben treffend formuliert, um eine „über die individuelle Tötung hinausreichende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“, bei der „Gemeingefährlichkeit der Mittel“ einer konkreten Tat dagegen um eine tatsächliche Beeinträchtigung der Rechtsgüter bestimmter Dritter, nämlich deren Sicherheit. Dass dafür nach h.M. die entsprechende Eignung des verwendeten Mittels im besonderen Einzelfall ausreicht und eine konkrete Gefährdung nicht erforderlich ist, ändert daran nichts.

²¹ Statt vieler *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 204 ff. (m.zahlr.w.N.).

²² Zahlreiche Nachweise für die Verwendung der „Gesinnungs“-Formel bei *Heine* (Anm. 10), 191 Fn. 58.

zum Unrecht, könnten dieses also nicht steigern – und somit auch nicht die Schuld, die nicht über das Unrecht hinaus reichen könne. Dies alles gelte für die subjektiven Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe in § 211. Sie könnten daher nicht als Steigerung der rechtlichen Verwerflichkeit der Tat, die allein im Unrechtsgewicht gründe, verstanden werden und somit auch nicht als qualifizierende Merkmale von Tötungshandlungen. Ein Leitprinzip „gesteigerte Verwerflichkeit“ taue daher nicht für einen legitim konzipierten Mordtatbestand.²³

1.4.1.1 *Der Rechtsbegriff Kants*

Das wäre selbst dann nicht richtig, wenn Kants Rechtslehre tatsächlich in diesem Sinn verstanden werden könnte. Schon das ist freilich, entgegen einem unter „Kantianern“ in der deutschen Strafrechtslehre verbreiteten Irrtum, nicht der Fall.²⁴ Entscheidend ist dies: Gegenstand der strafrechtlichen Beurteilung sind *Handlungen* und nicht einfach Körperbewegungen. Handlungen sind aber ohne Berücksichtigung mentaler Zustände, mit denen sie entweder schon begrifflich verbunden sind²⁵ oder aus denen sie auf eine bestimmte (sei es kausale, sei es kausal-ähnliche) Weise hervorgehen²⁶, nicht einmal verstehbar, und zwar auch nicht für den Handelnden selbst, geschweige denn wären sie plausibler Gegenstand zwangsrechtlicher Reaktionen.²⁷ Selbst missverstehende Kantianer müssen das Unrecht vorsätzlichen Handelns anders bewerten als das des fahrlässigen, wiewohl die äußeren Abläufe der jeweiligen Tatbestandsverwirklichungen identisch sein mögen. Auch müssen sie das Ansetzen zum Deliktsversuch anders (nämlich als Unrecht) beurteilen als das Ansetzen zu einer Scherzhandlung, die im äußeren Vorgang mit jenem vollkommen gleich sein mag, sich von ihm also nur in der zugrundeliegenden Intention unterscheidet. Schließlich müssen sie wohl auch zugeben, dass das Unrecht des Betrugs etwas anderes ist als das Unrecht der listigen Veranlassung eines anderen zur Selbstschädigung seines Vermögens, wiewohl die

²³ Diese Argumentation ausgearbeitet bei *Grünwald*, aaO.

²⁴ Die Diskussion um Kants Rechtsbegriffs ist hier ohne Belang. Betont sei aber, dass die berühmte Wendung Kants, „der Begriff des Rechts“ betreffe „nur das äußere [...] Verhältniß einer Person gegen eine andere“ (*Metaphysik der Sitten / Rechtslehre*, AA Bd. 6, 1907, 230) *nicht* ein bloßes Prinzip der Raumverteilung zwischen sich bewegenden Körpern formuliert. Vielmehr setzt die rechtliche Ordnung des „äußeren Verhältnisses“ als eines zwischen *handelnden Personen* (und nicht zwischen kausal bewegten materiellen Körpern) die Berücksichtigung zahlreicher innerer, v.a. intentionaler Zustände der Akteure notwendig voraus. Das war Kant (anders als manchen Kantianern) auch vollständig klar; s. dazu *von der Pfordten*, *Kant-Studien* 98 (2007), 431-442.

²⁵ So etwa die intentionalistisch-teleologische Handlungstheorie G.H. von Wrights; dazu *Stoutland*, von Wright's Theory of Action, in: *Schilpp/Hahn* (Eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. Library of Living Philosophers Vol XIX, 1989, 305-332 (Replik v. *Wright*, ebda., 805-809); zu den Grundlagen *Kim*, *Reasons and the First Person*, in: *Bransen/Cuyper*s (Eds.) *Human Action, Deliberation and Causation*, 1998, 67-87.

²⁶ So die einflussreiche kausalistische Handlungstheorie D. Davidsons; s. *Davidson*, *Actions, Reasons and Causes*, in: *ders.*, *Essays on Actions and Events*, 1980, 3-19; s. auch *ders.*, *Intending*, ebda., 83-101.

²⁷ Jeder kennt Situationen, in denen einem die Intention hinter dem gerade stattfindenden eigenen Tun aus dem Gedächtnis gerutscht ist, man nicht mehr weiß, was man eigentlich gerade zu tun im Begriffe war, und daher das Tun, das man nicht (mehr) versteht, ggf. abbricht. Man steht vom Schreibtisch auf, betritt die Treppe ins Untergeschoss – und bleibt plötzlich stehen und fragt sich: „Was wollte ich eigentlich? Zum Kühlschrank gehen? Die Post holen? Die Heizung abstellen?“ (Etc.) Fällt es einem nicht mehr ein, kehrt man wohl um; das Treppensteigen ist kein sinnvolles Handeln mehr, nur noch eine sinnleere Körperbewegung. War und ist die Intention freilich, jemanden im Untergeschoß umzubringen, so interessiert sich das Strafrecht, dem die Körperbewegung des Treppensteigens egal ist, sofort für exakt denselben äußeren Vorgang.

Differenz allein in der mit dem Betrug verbundenen Absicht besteht, nämlich der einer Selbst- oder Drittbereicherung.

Die Reihe der Beispiele ließe sich erheblich verlängern – bis in die Tatbestandsmerkmale des Mordes hinein. Nicht nur die Frage, ob überhaupt Unrecht vorliegt, kann das Recht von rein subjektiven (mentalen) Unterschieden abhängig machen, sondern auch und erst recht die Frage, ob einer Handlung, die jedenfalls Unrecht ist, aufgrund innerer Zustände des Handelnden ein qualifiziertes Gewicht zugeschrieben werden soll. Und sie wäre katastrophal schlecht beraten, wollte sie auf solche rein subjektiv begründeten Differenzen im Unrechtsgewicht rechtswidriger Handlungen verzichten. Das entspricht einer in der Strafrechtslehre geläufigen Unterscheidung: Bloße Intentionen oder Motive, und wären sie noch so bösartig, können kein Unrecht begründen, wenn die Handlung, zu deren subjektiver Innenseite sie gehören, *auch mit diesen Intentionen* kein Verletzungsunrecht ist. Ist sie das aber *auch ohne diese Intentionen*, so kann, ja muss deren subjektive Präsenz im Bewusstsein des Handelnden selbstverständlich zur genauen Bestimmung des Gewichts seines Unrechts herangezogen werden. Erneut: die Strafrechtsordnung, die darauf verzichten wollte, könnte (sich) schon aus begrifflichen Gründen bestimmte Handlungen als solche nicht einmal verständlich machen, geschweige denn das mit ihnen verbundene Unrechtsgewicht angemessen bestimmen.²⁸ Dass sie eben deshalb nicht darauf verzichtet, hat nichts mit „Gesinnungsstrafrecht“ zu tun. Es entspricht dem Vernunftprinzip eines Strafrechts, das Handlungen, nicht Körperbewegungen beurteilt.

1.4.1.2 Merkmale subjektiven Unrechts

Das ist der Hintergrund für die Anerkennung subjektiver Unrechtsmerkmale, wie sie sich in der Strafrechtsdoktrin längst durchgesetzt hat. Versteht man die Mordmerkmale der 1. und der 3. Gruppe des § 211 so und damit als unrechtserhöhend, dann erhöhen sie auch und eben deshalb die Schuld und legitimieren so die schärfere Bestrafung. Der Zusammenhang ist einfach und gegen den Verdacht seiner prinzipiellen Illegitimität gänzlich immun: Die subjektiven Mordmerkmale jedenfalls der 1. Gruppe²⁹ kennzeichnen eine besondere Verwerflichkeit von Motiven und Intentionen und damit zugleich eine besondere Verwerflichkeit des verwirklichten Handlungsunrechts sowie eine eben darauf beruhende Steigerung der Schuld.

²⁸ Noch einmal: Es ist nicht nur ein Unrechtsunterschied (und schon gar nicht nur ein „Gesinnungsunterschied“), sondern auch und bereits ein Unterschied der Tathandlungen selbst, ob man durch ein und dieselbe Körperbewegung eine fremde Sache mit Zueignungs- oder mit Sachentziehungsabsicht wegnimmt, oder ob man durch ein und dieselbe Täuschung einen anderen mit Bereicherungs- oder mit bloßer Schädigungsabsicht listig zur Verringerung seines Vermögens bewegt.

²⁹ Bei den Merkmalen der 3. Gruppe tritt erkennbar eine *spezialpräventive* Funktion hinzu und in den Vordergrund: Den dort beschriebenen Täterdispositionen soll in Situationen, in denen sie besonders gefördert werden könnten, entgegengewirkt werden. Mit dem (vage generalpräventiven) „Gefährlichkeits“-Postulat der Leitprinzip-Diskussion (s.o.) hat das freilich nichts zu tun.

Ob jedes einzelne dieser Merkmale begründbar ist oder aber aus anderen Gründen als dem eines angeblichen Gesinnungsstrafrechts illegitim erscheint, ist damit freilich nicht entschieden. Aber soweit sie sich überhaupt rechtfertigen lassen, sind sie nur verstehbar als Konkretisierungen eines Leitprinzips der besonderen Verwerflichkeit – der Tat, nicht der Gesinnung des Täters.

II. Die Motivgeneralklausel der „sonst niedrigen Beweggründe“

Hier gibt es bekanntlich zahlreiche ungelöste Probleme. Aber es sind nicht nur die vieldiskutierten der konkreten Anwendung des Merkmals, sondern auch bestimmte Grundsatzprobleme, die weniger offensichtlich sind, eher selten erörtert werden und in einigen Hinsichten überhaupt nicht. Manche davon berühren die Frage der Legitimität dieses Merkmals.

II.1 Begriffliches

Ich beginne mit einigen begrifflichen Klärungen. Für die Auslegung des Mordtatbestands sind sie, wie sich zeigen wird, von erheblich größerer Bedeutung, als ihnen die Strafrechtslehre üblicherweise zugesteht. Die beiden Merkmale der 3. Gruppe des § 211 bezeichnen in gängiger Diktion „Absichten“, die der 1. Gruppe dagegen „Beweggründe“ oder „Motive“. Sind das Synonyme für einen und denselben Typus mentaler Zustände? Der Alltagssprachgebrauch unterscheidet nicht, jedenfalls nicht konsistent, zwischen Grund, Beweggrund, Absicht, Zweck und Motiv einer Handlung (und einigen weiteren, etwa „Triebfeder“ oder „Antrieb“). Vielleicht deshalb verneinen nicht wenige Strafrechtler schon die begriffliche Unterscheidbarkeit von „Absicht“ und „Motiv“ oder doch den Sinn einer solchen Differenzierung im Strafrecht.³⁰

Dem ist nicht zu folgen. Absichten und Motive sind nicht dasselbe. In einem ersten orientierenden Hinweis zeigt das die auch im Strafrecht geläufige Unterscheidung der jeweils paradigmatischen Formen durchaus klar und plausibel: Motiv sei das „Agens“ des handlungsauslösenden Willens (bildhaft: ein „Schub“), Absicht die „Antizipation dessen, was meine Handlung bewirken soll“ (bildhaft: ein „Sog“).³¹ Verwirrung stiftet vermutlich der Umstand, dass in vielen unserer Handlungen – und in der exemplarischen Form rationalen Handelns stets – beide mentalen Zustände zusammen präsent sind und handlungsauslösend bzw. handlungsleitend wirken. Sie weisen in solchen Fällen auch denselben propositionalen Gehalt auf, be-

³⁰ Etwa *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹¹, 2003, § 20 Rn. 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil⁶, 2011, § 8 Rn. 143 („kaum noch auseinanderzuhalten“); *Heine* (Anm. 10), 148, 158); zust. *Grünwald* (Anm. 21), 93 f. (m.w.N.), die eine „denklogische“ Unterscheidbarkeit einräumt, aber in vielen Fällen ein praktisches „Ineinanderfallen“, eine „Identität“ der Begriffe sieht; *AW/H/H-Hilgendorf*, Strafrecht BT³, § 2 Rn. 58 (m.w.N.) konstatieren in diesem Punkt mit Recht ein großes „Durcheinander sowohl in sprachlicher wie in sachlicher Hinsicht“.

³¹ So schon *M.E. Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, 61.

ziehen sich also auf denselben (vorgestellten) Sachverhalt.³² Aber das heißt nicht, dass sie „ineinander“ fielen oder „identisch“ wären. Dies festzuhalten ist keine Begriffspedanterie. Denn die Unterscheidung wird gerade für das Strafrecht dann bedeutsam, wenn einer Handlung, die einen objektiven Tatbestand erfüllt, beim besten Willen – und zwar auch dem des Handelnden selbst – keine Absicht zugeschrieben werden kann, sie aber gleichwohl offensichtlich einen subjektiven „Beweggrund“ hatte. Für die Motivgeneralklausel des § 211 spielt diese Unterscheidung eine Rolle, die weit gewichtiger ist, als üblicherweise wahrgenommen wird. Denn Handlungen, die zwar auf Beweggründen beruhen und sich in diesem Sinn durchaus als „motiviert“ erweisen, mit denen aber keinerlei Absichten verbunden sind, machen die Bestimmung ihrer normativen Qualität, etwa als „niedrig“, oft erheblich schwieriger und zweifelhafter als die exemplarische Grundform vorsätzlichen Handelns, die in ihrem subjektiven Teil beides, Motiv wie Absicht, aufweist und integriert. Darauf komme ich zurück.

II.1.1 Grundlegende Unterscheidungen

Zunächst empfehlen sich für eine möglichst übersichtliche Ordnung der verworrenen Begriffslandschaft die folgenden Unterscheidungen:

- (1.) „Beweggrund“ im Sinn des § 211 ist synonym mit „Motiv“ in dessen enger Bedeutung als unmittelbar handlungsauslösender Antrieb der Tat. Von der „Absicht“ oder den Absichten, die damit verbunden sein mögen, sind so verstandene Motive dagegen begrifflich klar unterschieden.
- (2.) Absichten sind für sich genommen überhaupt keine *direkten* „Handlungsauslöser“. Man kann viele Absichten haben, die unverwirklicht bleiben. Auch können mit einer Handlung Absichten verfolgt werden, die mit deren Motiv nichts zu tun haben.³³
- (3.) Werden Absichten allerdings mittels einer Handlung verfolgt (bzw. ihre Verwirklichung mittels dieser Handlung versucht), so macht sie der Handelnde auch zu seinem Motiv. Von diesem Motiv absorbiert wirken sie dann *indirekt* handlungsauslösend.³⁴

³² Der philosophische Terminus „propositional“ meint im Wesentlichen den simplen Umstand, dass man *Dasselbe* in verschiedenen sprachlichen Formen (unterschiedlicher Sprachen oder unterschiedlicher Begriffe derselben Sprache) ausdrücken kann. Dieses „Selbe“, das identisch Ausgesagte, ist die „Proposition“ der Aussagen.

³³ Triviales Beispiel: (1.) Ich beabsichtige, an einer Tagung in Passau teilzunehmen. (2.) Mir ist klar, dass ich daran nur teilnehmen kann, wenn ich nach Passau fahre. (3.) Deshalb mache ich mich auf, nach Passau zu fahren. – Hier habe ich meine Absicht ersichtlich zu meinem Motiv des Losfahrens gemacht. Nun erwäge man: (4.) Ich beabsichtige, während der Tagung im Hotel „Weißer Schwan“ in Passau zu wohnen. (5.) Mir ist klar, dass ich im Hotel „Weißer Schwan“ nur wohnen kann, wenn ich nach Passau fahre. (6.) Deshalb mache ich mich auf, nach Passau zu fahren. – Ersichtlich ist (6.) falsch, wiewohl seine Prämissen richtig sind und der Schlussmodus dem von (1.) – (3.) exakt entspricht. Aber Motiv, „Beweggrund“, meines Fahrens nach Passau ist es nicht, im Hotel „Weißer Schwan“ zu wohnen, obwohl ich mit dem Entschluss, nach Passau zu fahren, die Absicht verbinde, im Hotel „Weißer Schwan“ zu wohnen. – Das Beispiel nach *Kim*, *Self-Understanding and Rationalizing Explanations*, in *Philosophia Naturalis* 21, 1984, 309-321 (313 f.).

³⁴ *Davidson* (Anm. 26), 4, nennt Motive, die im dargelegten Sinn aus Absichten (Zielen, Zwecken) erwachsen, „primary reasons“.

(4.) Daneben kann der Handelnde (und wird dies regelmäßig) mit seinem Handeln außer dem handlungsauslösenden noch weitere Motive verbinden, die man „Fernmotive“ nennen kann. Beispiel: A's Absicht, dem B dessen Geld abzunehmen, motiviert ihn, den B niederzuschlagen; was ihn dabei außerdem motiviert, ist die Vorstellung, sein Leben werde mit dem erbeuteten Geld angenehmer werden.³⁵

(5.) Von Motiven, Beweggründen und Absichten unterscheiden sollte man die *unmittelbar bewegungsauslösende* Intention, also den Antrieb zum Vollzug desjenigen Körperverhaltens, das die gewollte (motivierte) Handlung als deren physiologisches Substrat verwirklichen soll. Dieser Antrieb gehört zum Begriff des Handelns selbst (im Unterschied zur bloßen Körperbewegung, die einem widerfährt, wie Niesen, Stolpern oder auch Atmen).

(6.) In gewissem Sinn quer zu (oder über) diesen Begriffen liegt der abstraktere des *Grundes* für eine Handlung. Umgangssprachlich wird er zur Bezeichnung sämtlicher der vorgenannten mentalen Zustände verwendet; und wenn man sich bewusst hält, welchen der konkreteren Begriffe man jeweils meint, spricht auch nichts gegen diese Wortwahl. Aber „Gründe“ zu handeln können darüber hinaus mehr und anderes bezeichnen als lediglich subjektive (mentale) Zustände des Handelnden.³⁶ Sie können z.B. als rein objektive „gute“ Gründe präsenste Stimuli für ein bestimmtes Handeln sein, das aber dennoch unverwirklicht bleibt. („A hatte nach dem vierten Bier gute Gründe, sein Auto stehen zu lassen; trotzdem ist er losgefahren.“) Solche Gründe werden in der philosophischen Handlungstheorie oft „normative“ genannt und von den „motivationalen“ unterschieden. Werden sie vom Akteur angenommen und verinnerlicht, so können sie freilich zu „motivationalen“ werden und damit sämtliche der von den obigen Begriffen bezeichneten subjektiven Zustände – Motiv, Absicht, Handlungsintention – auslösen.³⁷

Diese begrifflichen Unterscheidungen sollten nicht als etwas verstanden werden, das von der Ontologie (oder den diversen Ontologien) unseres wissenschaftlichen Weltbildes erzwungen würde. Sie sind kein Gegenstand der Entdeckung durch empirische Forschungen, sondern Produkt einer begrifflichen Konstruktion und Rekonstruktion bestimmter Phänomene, die empirisch weitgehend offensichtlich sind. Und sie könnten grundsätzlich auch anders konstruiert werden; auch sind ihre Semantiken in verschiedenen Sprachen nicht vollständig de-

³⁵ Auch weitere („Fern“-)Absichten“ können natürlich mit dem Handeln verbunden sein, z.B. die, sich anschließend von dem geraubten Geld ein Auto zu kaufen.

³⁶ Die man, je nach metaphysischer Grundorientierung, auch als identisch oder auf irgendeine (noch unverstandene) Weise verbunden mit neuronalen Zuständen oder von diesen kausal erzeugt verstehen mag.

³⁷ Zur Unterscheidung „normativer“ und „motivationaler“ Gründe *Lenman*, Reasons for Action: Justification vs. Explanation, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (SEP), <http://plato.stanford.edu/entries/reasons-just-vs-expl/>; *Everson*, Motivating Reasons, in: *O'Connor/Sandis* (Eds.) A Companion to the Philosophy of Action, 2013, 145-152; ebenfalls gebräuchlich ist die Unterscheidung zwischen „external“ und „internal reasons“; dazu *Finlay*, Reasons for Action: Internal vs. External, in: SEP, <http://plato.stanford.edu/entries/reasons-internal-external/>.

ckungsgleich. Andererseits müssen sie aber selbstverständlich ein plausibles und kohärentes Beschreibungssystem bilden, das zu den empirischen Befunden der zuständigen Wissenschaften passt, diese auf bestimmte Weise erklärbar macht, ihre Forschungen anzuleiten vermag und an deren Ergebnissen schließlich selbst empirisch prüfbar wird.³⁸

II.1.2 Zwei Typen menschlichen Handelns

Damit sind zugleich, wenn auch nur vorläufig und etwas apodiktisch, zwei Grundformen menschlichen Handelns unterschieden. Handlungen der ersten Form werden sowohl aus einem Motiv (Beweggrund) als auch mit einer korrespondierenden Absicht (zu einem Zweck) ausgeführt. Die Inhalte von Motiv und Absicht sind dann propositional identisch; sie beziehen sich auf denselben antizipierten Weltzustand, den die Handlung herbeiführen soll. Selbstverständlich können mit ihnen weitere Motive und Absichten fernerer, sekundärer oder beiläufiger Art verbunden sein, die zum unmittelbaren (primären) Verständnis der Handlung aber nicht erforderlich sind und nichts beitragen.

II.1.2.1 Primärform rationalen Handelns

Das ist die paradigmatische Form „vernünftigen“ Handelns: eines Handelns, das vollständig (oder doch hinreichend) erklärt und verstanden werden kann, und zwar sowohl von Dritten als auch vom Handelnden selbst. An und in diesen Handlungen erfahren wir uns als „rationale Akteure“: als solche, die „aus Gründen“ handeln. In diesen Gründen sind verfolgte Absichten und handlungsauslösende Motive (Beweggründe) integriert und sachlich zur Deckung gebracht. Fänden wir uns dagegen nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig und systematisch in Situationen, in denen wir zwar noch einen „Antrieb“ (ein Motiv) für die soeben stattfindende Körperbewegung fühlten, uns aber die Absicht, das Ziel und damit der Sinn der Handlung entfallen wäre, so würden wir wohl irritiert beginnen, einen Verlust an Handlungsfähigkeit, an Kompetenz als rationaler Akteur oder gar an geistiger Gesundheit zu befürchten.³⁹

II.1.2.2 „Expressive actions“

Die zweite Form von Handlungen umfasst dagegen solche, mit denen *a limine* keine Absichten, Ziele, Zwecke verbunden sind, die aber gleichwohl aus Motiven (Beweggründen) geschehen. Da sie von Anfang an keine Ziele verfolgen, müssen sie nicht – wie die soeben erwähnten, in denen der Handelnde sein Ziel gleichsam verloren hat – als manifeste Defektformen des Handelns begriffen werden. Gleichwohl gehören sie nicht zum oben beschriebe-

³⁸ „Zuständig“ im angedeuteten Sinn sind v.a. die Psychologie und (zunehmend) die Neurowissenschaften.

³⁹ S. das veranschaulichende Beispiel oben in Anm. 27. Solche Erfahrungen als regelmäßige wären klinische Zeichen einer mentalen Erkrankung.

nen Typus paradigmatisch rationaler Handlungen, die aus Absicht und Motiv des Akteurs vollständig rationalisierbar (erklärbar) sind.

Solche Handlungen spielen im Rahmen des Mordmerkmals „niedrige Beweggründe“ vermutlich eine größere Rolle, als bislang wahrgenommen wird. Hält man Motive und Absichten begrifflich nicht auseinander, so läuft man Gefahr, diesen Handlungstypus im Ganzen zu übersehen oder unangemessen zu beurteilen. Das gilt umso mehr, wenn man außerdem eine (in der Strafrechtslehre meist stillschweigend vorausgesetzte) Auffassung teilt, wonach es „motivloses Handeln [...] zumindest im Bereich bewussten oder vorsätzlichen Verhaltens“ überhaupt nicht gebe.⁴⁰ Ob das richtig ist, mag zweifelhaft sein.⁴¹ Was es in diesem Bereich jedoch ganz gewiss gibt, sind absichtslose Handlungen: solche, die bewusst (intentional) vollzogen werden und denen dennoch keinerlei Absicht zugrunde liegt. Sie verfolgen keinen Zweck und kein Ziel jenseits ihrer selbst, aber auch als selbstzweckhaft, als Verwirklichung eines Zwecks, der in ihrem eigenen Vollzug bestünde, können sie nicht aufgefasst werden.

In der philosophischen Handlungstheorie firmieren solche Handlungen als „expressive“ oder „arational actions“.⁴² Beispiele gibt es unzählige. A springt vor dem Fernseher auf, als sein Fußballverein im gerade laufenden Spiel ein Tor schießt; B tritt wütend gegen das Tischbein, nachdem er seinen Steuerbescheid gelesen hat; C wirft eine Kusshand in Richtung eines Fotos ihres Freundes, das auf ihrem Schreibtisch steht; D spuckt auf eine Zeitungsseite, die das Bild eines von ihm gehassten Politikers zeigt; E erinnert sich an eine für ihn beschämende Situation, hebt die Hände vors Gesicht und schüttelt den Kopf – etc. Von keiner dieser Handlungen kann man sinnvoll sagen, ihr liege irgendeine Absicht zugrunde.⁴³ Gleichwohl steht ihr Charakter als intentionales Handeln außer Zweifel: Sie sind ihren Akteuren bewusst, werden von diesen durchaus willentlich ausgelöst und in ihrem Vollzug gesteuert. Auch haben sie alle bestimmte „Beweggründe“, handlungsauslösende innere Antriebe. Freilich wohnt diesen Antrieben keinerlei teleologisches Element inne: kein Ziel, kein Zweck, keine Absicht, kein über sie selbst hinausweisender Sinn. Ihr Ursprung sind vielmehr Emotionen – in den

⁴⁰ So *Grünwald* (Anm. 21), 104, unter Berufung auf die „Seinwissenschaften“ in denen dies „unumstritten“ sei; zust. BeckOK StGB-*Eschelbach*, § 211 Rn. 32 (Stand 08.02.2015); ebenso *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, 271 f.. Das ist aber keine empirische Frage der „Seinwissenschaften“, sondern eine philosophisch-begriffliche der angemessenen Konzeptualisierung...“.

⁴¹ Das hängt auch und vor allem von der Bedeutung ab, die man dem Wort „Motiv“ beilegt; s. dazu die oben unter (2.), (4.) und (5.) gemachten Vorschläge.

⁴² Nicht „irrational actions“! Grundlegend *Hursthouse*, Arational actions, in: *Journal of Philosophy* 88 (1991), 57-68; *Döring*, Explaining action by emotion, in: *Philosophical Quarterly* 53 (2003), 214-230; *Betzler*, Expressive actions, in: *Inquiry* 52 (2009), 272-292; verwandte rechtstheoretische Überlegungen bei *Anderson/Pildes*, Expressive Theories of Law: A General Restatement, in: *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000), 1503-1575; *Strudler*, The Power of Expressive Theories of Law, *Maryland Law Review* 60 (001), 492-505.

⁴³ Zur Vermeidung ablenkender Ausflüchte: Alle obigen Akteure sollen gänzlich unbeobachtet sein und das auch wissen; ihre Handlungen haben also auch keinerlei kommunikativen Zweck oder Sinn.

obigen Beispielen Begeisterung, Wut, Liebe, Hass und Scham.⁴⁴ Emotionen sind begrifflich und empirisch in gewissem Sinn autark. Ihr Entstehen wie ihr schieres Vorhandensein ist weder von Absichten noch von Beweggründen zu irgendeinem Handeln abhängig; *de facto* werden sie freilich sehr oft zur Quelle für beides. „Rein“ expressiv mögen dann emotional motivierte Handlungen heißen, die gänzlich absichtslos sind.

II.2 Die fehlerhafte Gleichsetzung von Motiv und Absicht

Setzt man wie manche Strafrechtler Motive mit Absichten gleich, so steht man vor der Alternative, entweder einräumen zu müssen, dass die emotionalen „Auslöser“ expressiver Handlungen keine Motive sind (wenngleich vielleicht trotzdem „Beweggründe“), oder aber in solche Handlungen irgendwelche Absichten hineinzudeuten, die dort begriffswidrig und deplatziert erscheinen. Beide Optionen sind wenig attraktiv.

Als Ausweg mag sich eine Konzeption anbieten, die auch im Rahmen des Mordmerkmals „niedrige Beweggründe“ eine Rolle spielt. Der BGH hat mehrfach Tötungen als Mord aus niedrigen Beweggründen beurteilt, bei denen der Täter „bewusst frustrationsbedingte Aggressionen“ an einem Opfer „abreagiert“ hat, das mit dem Ursprung der Verärgerung nichts zu tun hatte.⁴⁵ Manche sprechen hier auch von „Triebabfuhr“ oder „Abfuhr angestauter Aggressionen“.⁴⁶ Offenbar werden diese „Abfuhr-“ oder „Abreagierens“-Effekte als Zwecke oder Ziele der Tötungshandlungen aufgefasst und daher als Grundlage der „Niedrigkeit“ ihrer Beweggründe beurteilt.

Aber ist das überzeugend? Handelt der Täter deshalb, weil er das Ziel verfolgt, sich „abzureagieren“? Um eine „Triebabfuhr“ herbeizuführen? Mit einer entsprechenden Absicht? Schon die Begriffe „abreagieren“ und „Abfuhr“, die den Vorgang intuitiv einleuchtend kennzeichnen, machen eine solche Erklärung zweifelhaft. Beide scheinen eher auf etwas „kausalistisch“ Verstehbares zu deuten als auf den oben skizzierten Grundtypus rationalen Handelns zu einem bestimmten Zweck und aus einem korrespondierenden Motiv. Man betrachte noch einmal den Fall unseres verärgerten Steuerzahlers B, der nach Lektüre seines Bescheids wütend gegen den Tisch tritt. Auch dieser Tritt ist als „Abreagieren“ oder „Triebabfuhr“ durchaus plausibel beschrieben. Aber handelt B, weil er das Ziel verfolgt, gegen den Tisch zu treten? Ganz gewiss nicht. Eben dieser Tritt realisiert aber die Triebabfuhr. Soll man dann sagen: B handelt mit dem Ziel zwar nicht eines Tritts gegen den Tisch, aber der in diesem

⁴⁴ Nicht einfach „Gefühle“. Gefühle sind (z.B.) auch Schmerz oder Juckreiz oder sexuelle Erregung; Emotionen sind sie nicht. Emotionen weisen über das affektive (Gefühls-)Element hinaus weitere, teils höchst komplexe Eigenschaften kognitiver und motivationaler Art auf.

⁴⁵ BGH NStZ 1981, 100 f.; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 19; BGHSt 47, 128; zust. NK-Neumann, § 211 Rn. 42; MK-Schneider § 211 Rn. 86; Rengier, Strafrecht BT II¹⁶, 2015, § 4 Rn. 18.

⁴⁶ MK-Schneider, § 211 Rn. 87.

Tritt verwirklichten Triebabfuhr? Nein; die Formulierung wäre genauso schief.⁴⁷ Zwar löst B absichtlich die Tretbewegung aus, aber eine weitere Absicht verfolgt er damit nicht. Die „Triebabfuhr“, die er mit seinem Tritt herbeiführt, ist nicht dessen Ziel oder Zweck; sie manifestiert sich in ihm. Der Tritt ist ihr unmittelbarer Ausdruck, nicht das zum Zweck ihrer Realisierung eingesetzte Mittel. Das heißt selbstverständlich nicht, dass ein solcher Tritt mitsamt seinen möglichen Folgen für den Tisch dem Handelnden nicht als vorsätzliche Tat zugerechnet werden könnte. Aber je stärker eine solche Handlung als „rein expressiv“ motiviert erscheint, desto schärfer tritt ein kausalistisches Element an ihrem Vollzug in den Vordergrund und desto blasser werden ihre Konturen als Ausdruck der teleologischen Urheberchaft eines rationalen Akteurs. Eben dies macht die normative Beurteilung ihres motivationalen Ursprungs schwieriger. Je stärker er Züge eines Kausal-, also einer Art Naturvorgangs trägt, desto unsicherer wird die Möglichkeit, ihm personale Verdikte wie das der „Niedrigkeit“ zuzuschreiben.

In diesem Sinn dürfte das Modell der absichtslosen „expressive actions“ (wie eines Tritts gegen den Tisch) für ein tieferes Verständnis wesentlicher Aspekte mancher „niedrig“ motivierten Tötungen, die sich als „Triebabfuhr“ präsentieren, aufschlussreich sein. Aufschlussreicher jedenfalls als ein Deutungsschema, das sie im Modell einer Absicht-Motiv-Identität und einer Zweck-Mittel-Relation erfasst und damit künstlich und unplausibel rationalisiert. Eben dieses Schema scheint aber der Judikatur des BGH und den Erläuterungen in der Literatur zugrunde zu liegen. Der Unterschied ist, wie angedeutet, normativ erheblich. Als „niedrig“ lässt sich ein handlungsauslösendes Motiv umso eher kennzeichnen, je eindeutiger man es als Pendant einer entsprechend böartigen Absicht des Täters verstehen kann; und umgekehrt umso weniger, je zwingender es sich als „alleinstehender“ Beweggrund präsentiert, mit dem keinerlei Absicht verbunden ist.

Selbstverständlich sind nicht alle Tötungen aus „Triebabfuhr“ absichtslose Handlungen. Auch eine Aktion des Sich-Abreagierens kann Ergebnis einer hinreichend klaren Überlegung sein, die sie als Verwirklichung einer „niedrigen“ Absicht erscheinen lässt. Das Modell der expressiven Handlung schärft aber den Blick für die Möglichkeit von Mischformen unter den typischen Beweggründen für Tötungsdelikte. In größerer Zahl und in höherem Maß als bislang von der Judikatur wahrgenommen oder zugestanden könnten bei solchen Tötungen rein expressive Anteile am Tätermotiv eine gewichtige Rolle spielen.

⁴⁷ Gegen eine solche „hydraulic“ explanantion“ expressiver Handlungen auch *Döring*, *What a difference emotions make*, in: *O'Connor/Sandis* (wie Anm. 37), 191-199 (194).

II.3 „Psychologisierung“ der Motivgeneralklausel?

Und damit erhält man einen Schlüssel zur Analyse der tieferen Gründe, die hinter der behaupteten (und beklagten) „Psychologisierung der Motivgeneralklausel“ durch den BGH stehen. Sie werden, so behaupte ich, verständlicher, wenn man sie im Licht der obigen Ausführungen zum Typus der expressiven Handlungen betrachtet. Auch die Kritik der Literatur an dieser Tendenz des BGH lässt sich so besser überprüfen.⁴⁸

Vier zusätzliche subjektive Elemente neben dem Tötungsvorsatz verlangen der BGH und die h.M. in der Wissenschaft zur Bestimmung der „Niedrigkeit“ eines Mordmotivs.⁴⁹ (1.) muss der Täter die sachlichen Umstände gekannt haben, auf denen das objektive Urteil der Niedrigkeit beruht.⁵⁰ (2.) muss er sich seines Motivs als des Beweggrunds seiner Tat bewusst gewesen sein; unbewusste (ggf. niedrige) Motive reichen nicht, auch wenn sie eine handlungsauslösende Rolle gespielt haben sollten.⁵¹ (3.) muss er nach seinen persönlichen Fähigkeiten jedenfalls grundsätzlich in der Lage (gewesen) sein, die normative Wertung hinter dem Verdikt „niedrig“ einzusehen; nicht erforderlich ist, dass er selber diese Einschätzung teilt.⁵² Und schließlich muss er (4.) fähig gewesen sein, seine Beweggründe „gedanklich zu steuern und willensmäßig zu beherrschen“.⁵³ Alle vier Elemente der „subjektiven Seite“ der Motivgeneralklausel seien im Folgenden knapp erwogen.

II.3.1 Kenntnis äußerer Umstände

Dass der Täter die äußeren Umstände gekannt haben muss, die seine Motive als niedrig erscheinen lassen, ist selbstverständlich und wohl unbestritten. Es ist nicht erst eine Forderung des Schuldprinzips, sondern eine begriffliche Voraussetzung des Handelns aus einem Beweggrund, der an äußere Umstände anknüpft. Wer nicht weiß, dass Umstände vorliegen, die ihm, würde er sie kennen, ggf. ein Handlungsmotiv liefern, kann nicht aus diesem Motiv

⁴⁸ Pointiert insbes. *Schneider*, Höchststrichterliche Tendenzen zur „Psychologisierung“ der Motivgeneralklausel des § 211 Abs. 2 StGB, in: *Schöch et al.*, FS für Widmaier, 2008, 759-778.; skeptisch und teilweise kritisch auch *NK-Neumann*, § 211 Rn. 44.

⁴⁹ Gegenstand des Vorsatzes kann das Merkmal „niedrig“ nicht sein; es ist das (unselbständige) normative Kennzeichen eines (selbständigen) subjektiven Merkmals *neben* dem Tötungsvorsatz, eben des zusätzlichen, ggf. niedrigen Beweggrunds. Solche weiteren subjektiven Zustände im Bewusstsein des Täters sind schon begrifflich kein möglicher Gegenstand seines Vorsatzes (was Irrtumsmöglichkeiten ausschließt); zutr. klargestellt bei *MK-Schneider*, § 211 Rn. 112. Eine systematische Deutung des „niedrig“ als eines normativen Tatbestandsmerkmals (und dann natürlich als Vorsatzobjekt) hält aber *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 837 Fn. 27 für möglich; wohl auch *Köhler*, JZ 1980, 241. Ob das kohärent durchführbar ist, erscheint mir zweifelhaft.

⁵⁰ BGHSt 6, 329 (331 f.); BGH NSTz 2005, 331. Die nachfolgend zitierten Entscheidungen zur „subjektiven Seite“ der Motivgeneralklausel sind nur exemplarische Fälle; sie entsprechen jeweils einer umfangreichen ständigen Rspr.; umfassende Nachweise dazu bei *MK-Schneider*, § 211 Rn. 111 ff.

⁵¹ BGH NJW 2002, 382 (383).

⁵² BGH NSTz-RR 2004, 44.

⁵³ BGH NSTz 2012, 691 (692). –

handeln. Im Übrigen mag er eine permanent „niedrige“ Gesinnung haben; das ändert daran nichts.⁵⁴

II.3.2 Mentale Präsenz des Beweggrunds

Problematischer fällt eine genauere Betrachtung des zweiten subjektiven Elements aus. Dass es bei allen Menschen für zahllose ihrer Handlungen auch erhebliche unbewusste Motivanteile gibt, ist nicht zweifelhaft. Und manche davon, die in Alltagsgesinnungen auch rechtstreuer Bürger keineswegs ganz selten vorkommen, wären als Beweggrund einer Tötung durchaus niedrig.⁵⁵ Begrifflich mag man es zwar für nicht ausgeschlossen halten, auch unbewusste Motive als „niedrige Beweggründe“ einer Tat zu kennzeichnen. Aber es ist nicht nur pragmatisch und beweisrechtlich vernünftig, solche klandestinen Motivlagen, die dem Täter selbst mental nicht zugänglich waren, nicht über sein inneres Erleben hinweg psychoanalytisch herbei zu konstruieren. Es ist auch ein, wenngleich nicht ganz einfach zu präzisierendes Gebot des Schuldgrundsatzes.⁵⁶ Und es hängt zusammen mit der gängigen Ablehnung einer strafbegründenden „Charakterschuld“. Der tiefere Grund dafür dürfte freilich (erneut) darin liegen, dass unbewusste Handlungsauslöser zwar im Charakter des Handelnden gründen, aber mit Blick auf eine einzelne Tat eher wie Ursachen anmuten und nicht wie teleologisch-motivationale *Gründe*. Nur den letzteren lassen sich normative Verdikte wie „niedrig“ aber friktionsfrei zuschreiben. Im Übrigen hat das „Bewusstseins“-Kriterium für den Täter eine kaum beachtete Kehrseite. Müssen unbewusste Motive auch dann unberücksichtigt bleiben, wenn sie *entlastend* wären? Der Schuldgrundsatz geböte das nicht, eher im Gegenteil. Aus begrifflichen wie aus Konsistenzgründen wird man wohl auch dies fordern müssen. Und, illusionslos besehen, aus pragmatisch-beweisrechtlichen Gründen für unausweichlich halten.

In Judikatur und Rechtslehre bleibt die Formel vom „Bewusstsein der Beweggründe“ merkwürdig unscharf. Nicht gemeint sein kann damit jedenfalls, dass sich der Täter in einer Art Metakognition seines Beweggrunds wie eines Objekts seiner introspektiven Betrachtung vergewissert haben müsste. Er muss sich also nicht (z.B.) etwas gedacht haben wie: „Ich

⁵⁴ Auch deren äußere Prämissen müsste er kennen, um konkret aus ihr heraus zu töten. Und wäre die *einzig*e Prämisse für ihn, einen Menschen vor sich zu haben, weil er aus Hass auf alle jeden töten will, so wäre eben die Wahrnehmung „ein Mensch“ erforderlich (und dann freilich *eo ipso* schon mit dem Tatvorsatz gegeben).

⁵⁵ Etwa ein kryptischer Rassismus, der seinen Inhabern selbst nicht bewusst zu sein braucht. Dafür gibt es heute erheblich „härtere“ empirische Belege als psychoanalytische Spekulationen, nämlich solche aus neurowissenschaftlichen Studien; s. etwa Phelps/Thomas, *Race, Behavior, and the Brain: The Role of Neuroimaging in Understanding Complex Social Behaviors*, in: *Political Psychology* 24 (2003), 747-758 (751)

⁵⁶ NK-Neumann, § 211 Rn. 44; LK¹¹-Jähnke, § 211 Rn. 34; MK-Schneider, § 211 Rn. 112; freilich ist dessen Begründung, unrechtershöhende Umstände dürften dem Täter nur strafschärfend angelastet werden, wenn sie ihm bei Tatbegehung bewusst gewesen seien, im Hinblick auf die ggf. sogar strafbegründende Wirkung unbewusster Fahrlässigkeit zweifelhaft.

fühle gerade Rassenhass“; er muss einfach diesen Hass gefühlt haben. Hier beginnen aber schwierige Probleme. Das erste ist normativer Art. Menschen sind generell nicht gut darin, sich ihre dunklen Motive selber transparent zu machen. Selbsttäuschungen sind insofern der Normal-, nicht der Ausnahmefall. Ein Täter, der aus unmäßiger Eifersucht getötet und vor der Tat über seine Motivlage räsoniert hat – etwa außer über seine Verzweiflung auch über seine Weigerung, den geliebten Menschen jemand anderem zu gönnen – und der diese Überlegungen in seinem Tagebuch festgehalten hat, dürfte einer Verurteilung wegen Mordes kaum entgehen.⁵⁷ Dagegen hätte jemand, der aus einem exakt gleichen „Motivbündel“ tötet, dessen Verdrängung aber besser funktioniert und ihm analoge „Besitzansprüche“ hinter der eigenen Verzweiflung unkenntlich macht, nur eine Bestrafung wegen Totschlags zu gewärtigen.

Das mag man hinnehmen. Problematischer erscheint die Illusion, mit der Rekonstruktion solcher „Motivbündel“ und der nach h.M. gebotenen Ermittlung des „bewusstseinsdominanten“ Motivs⁵⁸ lasse sich von komplexen, den Tätern regelmäßig selbst nicht transparenten Motivlagen während der Tatbegehung ein realistischer Spiegel ihrer Wirklichkeit herstellen. Das ist nicht nur eine beweisrechtliche, sondern beim derzeitigen Stand der Psycho- und Neurowissenschaften auch eine psychologische Illusion. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Für die Tatgerichte sind solche Rekonstruktionen unumgänglich. Man sollte sich aber bewusst halten, wie vielfach dubios deren epistemischer Zusammenhang mit dem rekonstruierten Sachverhalt ist. Im halbwegs komplexen Motivbündel etwa eines „Eifersuchtmörders“ dürften sich vor der Tat Impulse der Verzweiflung, der Hoffnung, des Hasses, der Liebe, des Nichtgönnens, der Sehnsucht, der Aussichtslosigkeit (etc.) in einem dauernden Wechselspiel unterschiedlicher Dominanzen befinden. Dessen Dynamik wirklich aufzuklären, dürfte schon prinzipiell ausgeschlossen sein. Und selbst wenn man die Feststellung eines „bewusstseinsdominanten Motivs X“ beim Ansetzen zur Tat akzeptiert, wird man zugeben müssen, dass das „Dominanzranking“ im Motivbündel eine halbe Stunde vorher womöglich, ja vermutlich anders aussah, eine Viertelstunde vorher wieder und Sekunden vor dem Tatbeginn vielleicht noch einmal. Ein wenig metaphorisch: Das Urteil domestiziert den Zufall. Es stellt rückschauend das Chaos still, supponiert ihm eine Momentordnung und leitet aus ihr ggf. das Urteil „lebenslang“ ab. Das Begriffssystem, in dem dies geschieht, mag in einer langen Reihe von Judikaten halbwegs kohärent anwendbar werden. Es ist aber eine Illusion zu meinen,

⁵⁷ Zur Verwertbarkeit solcher Tagebuchaufzeichnungen BGHSt 34, 397; gebilligt von BVerfGE 80, 367; ablehnend die h.M. in der Literatur; s. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht²⁸, 2014, § 24 Rn. 56 (m.w.N.).

⁵⁸ Umfassende Nachweise bei *MK-Schneider*, § 211 Rn. 82.

mit ihm lasse sich für den Mord aus niedrigen Beweggründen eine Maxime der Strafgerichtsbarkeit in annähernd gleichem Maß verwirklichen wie für andere Delikte.

II.3.3 Grundsätzliche Fähigkeit normativer Einsicht

Die dritte Maßgabe für die „innere Seite“ der Motivgeneralklausel wird in der Literatur weithin für dubios gehalten⁵⁹: Niedrig motiviert handle der Täter auch dann nicht, wenn seine Beweggründe zwar objektiv niedrig gewesen seien, ihm selbst aber die Einsicht in diese Niedrigkeit aufgrund seiner „geistig-seelischen Verfassung“ versperrt gewesen sei. Die Skepsis hängt vor allem damit zusammenhängen, dass die Frage einer solchen Einsicht für ein genuines Schuldproblem – sei es der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums⁶⁰, sei es des kognitiven Elements der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21) – gehalten wird. Richtig ist aber die gegenläufige Intuition des BHG, der sie zur Klärung des Unrechtsmerkmals „aus niedrigen Beweggründen“ schon in den Tatbestand zieht. Der extreme Fall des vollständigen Unvermögens, das eigene Motiv als niedrig zu identifizieren, zeigt das deutlich. „Niedrig“ ist ein Verdikt über den Verstoß gegen eine Norm. Wer diese Norm nicht kennen kann, ist kein tauglicher Adressat für ihren Befehl. Dann kann er auch nicht gegen sie verstoßen, wie immer der Beweggrund seines Handelns beschaffen sein mag. Es hat schon begrifflich keinen fassbaren Sinn zu sagen, der Fünfjährige, der seinem zweijährigen Spielkameraden aus schierer Neugier den Bauch aufschneidet, um nachzusehen, was drin wäre, handle niedrig motiviert, wenn auch schuldlos.⁶¹

Ein solches Unvermögen, die Niedrigkeit des eigenen Beweggrunds zu verstehen, wird etwa bei Tätern mit gravierenden Persönlichkeitsstörungen regelmäßig nicht vollständig, sondern in abgestuften Graden vorliegen. Eine strikte Trennlinie zwischen berücksichtigungsfähigen Stufen hinreichend gewichtiger und irrelevanten Stufen minderer Intensität der Einsichtsstörung lässt sich hier aber, anders als in § 20 für die Schuldunfähigkeit, nicht ziehen. Denn das mit dem Verdikt „niedrig“ verbundene Urteil über die Tat lautet „höchststrafwürdig“. Jede deutlich ausweisbare Minderung der Möglichkeit des Täters, die Niedrigkeit seines eigenen Motivs zu begreifen, widerspricht aber der Feststellung seiner „höchsten“ Strafwürdigkeit.

⁵⁹ Skeptisch NK-Neumann, § 211 Rn. 45; kritisch Trück, NSTz 2004, 497. – Vor allem an diesem Kriterium entzündet sich die Diskussion über die Frage, ob an Beweggründe von Tätern, die in einem profund abweichenden Normen- und Wertesystem sozialisiert wurden, dessen Maßstäbe oder aber die hieszulande geltenden anzulegen seien. Bekanntlich nimmt inzwischen auch der BGH wie die zuvor schon h.M. in der Literatur das Letztere an; zu dieser Entwicklung MK-Schneider, § 211 Rn. 105 ff.

⁶⁰ In diesem Sinn Valerius, JZ 2008, 918; dagegen zutr. NK-Neumann, § 211 Rn. 30a.

⁶¹ Bei prinzipiell untauglichen Normadressaten wie Tieren ist das offensichtlich. Elefanten töten manchmal ihre früheren menschlichen Peiniger aus (einer Art) Rachsucht, Tiger gelegentlich ihren Wärter aus „Langeweile“ und Katzen Mäuse „zum Spiel“. Evident kann nichts davon „niedrig“ genannt werden, wiewohl jedes der so bezeichneten Motive bei einem verantwortlichen menschlichen Täter ohne weiteres als niedriger Beweggrund zu qualifizieren wäre.

Freilich beginnt hier das Elend einer offenen Flanke für hochgradig spekulative Strategien der psychologischen Deutung dessen, was an dem Tatmotiv der Verständnismöglichkeit des Täters noch zugänglich war und was nicht mehr. Die Antwort auf diese Frage, entscheidend für das Ja oder Nein des höchsten Strafmaßes der Rechtsordnung, wird damit dem Risiko eines kaum kontrollierbaren, der schieren Intuition des Rechtsanwenders und seinem laienpsychologischen Vorverständnis ausgelieferten Entscheidungsprozesses überantwortet.⁶² Die entsprechende Kritik ist freilich nicht an den BGH zu adressieren, sondern an das Gesetz selbst: an ein sachlich wie sprachlich ungeeignetes Merkmal zur Begründung höchster Schuld.

II.3.4 Motivationsbeherrschungspotential

Damit ist auch das vierte Kriterium des BGH für die „Innenseite“ des Merkmals angesprochen: das sog. Motivationsbeherrschungspotential des Täters, seine Fähigkeit zur „gedanklichen Steuerung“ und „willensmäßigen Beherrschung“ seines niedrigen Beweggrunds. Fehle es daran, handle der Täter nicht niedrig motiviert. Das könne insbesondere in Fällen hoher affektiver oder triebhafter Anteile am Tatmotiv naheliegen. Zu unterscheiden sei das Potential des Täters zur Beherrschung seines Motivs von seiner (Selbst-)Hemmungsfähigkeit im Hinblick auf den Tötungsakt selber. Die letztere sei eine Frage des § 20; vorliegen könne sie auch dann noch, wenn die Beherrschbarkeit des niedrigen Motivs fehle.⁶³

Hiergegen vor allem richtet sich die Kritik der Literatur. Mit der Steuerungsfähigkeit des Täters verschiebe der BGH ein Element, das offensichtlich zur Frage der Schuldfähigkeit gehöre, in den Tatbestand. Unbeschadet der vermeintlichen Trennbarkeit einer Beherrschung des Tötungsentschlusses einerseits und des niedrigen Motivs dazu andererseits, handle es sich auch beim letzteren ausschließlich um eine schuldspezifische Frage. Sie werde vom BGH den strengen Voraussetzungen des § 20 entzogen. Damit werde die Möglichkeit der Berücksichtigung gradueller Abstufungen der Steuerungsfähigkeit in einer Parallelbeurteilung dieser Schuldfrage und unterhalb der Schwelle des § 20, also klaren gesetzlichen Maßgaben zuwider eröffnet.⁶⁴

⁶² Kargl, StraFo 2001, 365, 367. Begünstigt wird dies durch den revisionsgerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum, den der BGH dem Tatrichter für die Klärung der „Niedrigkeit“ qua „Gesamtschau“ zubilligt (BGH NStZ 2009, 210; krit. dazu m.w.N. MK-Schneider § 211 Rn. 281 f.). Auch psychiatrische Fachkompetenz hilft im Übrigen für die Frage, ob der Täter seine eigene Niedrigkeit habe verstehen können, nicht weiter. Die Restriktionen des Kriteriums, die Schneider vorschlägt (MK-Schneider § 211Rn. 109, 114) sind daher aus Gründen der Rechtssicherheit gut verständlich, kollidieren aber in Teilen mit den oben dargelegten begrifflichen Implikationen des Mordmerkmals.

⁶³ BGH bei Hölz, MDR 1984, 980. Danach soll die Trennung der Kontrollfähigkeit einerseits bezüglich des Tötungsimpulses und andererseits bezüglich des niedrigen Motivs forensisch auch dann möglich sein, wenn Zweifel an diesem wie an jenem Beherrschungspotential auf denselben sachlichen Umständen beruhen.

⁶⁴ NK-Neumann, § 211 Rn. 45; Heine (Anm. 10), 251 f.; scharf kritisch MK-Schneider, § 211 Rn. 118 („strafrechtsdogmatisches Desaster“, „Prinzipienlosigkeit der Prüfung“, Maxime für „maßlose Kadijustiz“).

Die Befürchtung, die Judikatur des BGH könnte das Mordmerkmal einer kontur- und prinzipienlosen Willkür seiner Anwendung ausliefern, hat ersichtlich Hand und Fuß. Merkwürdig unerörtert lässt der BGH auch, was genau der Gegenstand des Motivbeherrschungspotentials sein soll: die *Entstehung* des niedrigen Motivs im Täter oder seine *Wirkung* als auslösender Beweggrund des tödlichen Handelns? Soll die oben skizzierte Trennungsthese des BGH einen plausiblen Sinn haben, dann liegt das erstere nahe: Steuern und beherrschen können müsste der Täter dann die Formierung des niedrigen Motivs in seinem Bewusstsein. Denn die hemmende Steuerung seines Antriebs zum tödlichen Handeln selber betrifft ersichtlich (auch nach dem BGH) die generelle Frage seiner Schuldfähigkeit. So mag sich das Kriterium halbwegs schlüssig in die allgemeine Systematik des Strafrechts einfügen lassen. Freilich erscheint andererseits das Postulat, der Täter müsse schon die Entstehung eines niedrigen Tötungsmotivs in sich selber „willensmäßig beherrschen“ können, psychologisch verfehlt. Solche Motive sind oft das Produkt intensiver Emotionen. Deren Entstehen und Präsenz im Bewusstsein ist kein möglicher Gegenstand einer „Willenskontrolle“. Im Übrigen mutet es eher seltsam an, den spezifischen Normbefehl, nicht „niedrig“ zu töten, als das Gebot zu verstehen, der Täter solle, wenn er schon drangehe, aus (z.B.) Rassenhass zu töten, dabei doch immerhin das Hassmotiv fallenlassen.

II.3.4.1 Die plausible Grundlage der Auffassung des BGH

Dennoch erfasst der BGH etwas Richtiges und Wesentliches. Es kommt schärfer in den Blick, wenn man sich die seiner Judikatur zugrunde liegende Überlegung per Gedankenexperiment ins Extreme zugespitzt denkt. Man stelle sich den Fall eines Täters vor, der aus einem objektiv niedrigen Motiv tötet, für dessen Entstehung er nichts kann und dessen Intensität ihn dem Tatantrieb vollständig wehrlos ausliefert. Ein bösartiger Neurochirurg N implantiert ins Gehirn des A einen Stimulator, den N von außen regulieren kann. Damit erzeugt er in A einen schlechterdings unwiderstehlichen Impuls des Rassenhasses, aus dem heraus A einen Menschen tötet. Man spitze den Fall weiter zu: Die kognitiven Fähigkeiten des A seien von der Fremdsteuerung seiner volitionalen Impulse gänzlich unberührt. Er registriert daher den eigenen Hassaffekt und das daraus entstehende Tötungsmotiv mit Entsetzen und kämpft verzweifelt dagegen an, jedoch vergeblich.⁶⁵

⁶⁵ Ersichtlich auch die Struktur suchtbedingten Zwangshandelns gegen den „eigentlichen“ Willen und die bessere Einsicht des Süchtigen. – Wem das obige Szenario zuviel Science Fiction enthält, der stelle sich statt eines kontrollierenden Neurochirurgen einen Hirntumor mit denselben Wirkungen in A's Bewusstsein vor. Die grundsätzliche Möglichkeit eines solchen Geschehens ist gänzlich realistisch; s. dazu den Fallbericht über die Entstehung unkontrollierbarer Impulse zu pädophilen Übergriffen in einem Mann, die nachweisbar auf einem Hirntumor beruhten, bei *Burns/Swerdlow*, in: *Archives of Neurology* 60 (2003), 437-440; knappe Diskussion des Falles bei *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. 2014, 105 ff.

Die Frage ist nicht, ob A wegen dieser Tötung strafbar ist; das ist er gewiss nicht. Allerdings wird man nicht schon die Zurechenbarkeit der tödlichen Handlung verneinen können, da N weder den unmittelbaren Entschluss dazu erzeugt noch den anschließenden Bewegungsablauf gesteuert, vielmehr nur das Hassmotiv, das A zum Handeln motivierte, in dessen Bewusstsein implantiert hat.⁶⁶ Die Frage lautet vielmehr, ob A „niedrig“ getötet hat. So formuliert hat sie einen kryptischen Doppelsinn. Am besten lässt er sich vielleicht so verdeutlichen: (1.) Hat A aus einem Motiv gehandelt, das objektiv niedrig ist? Und (2.) Hat A in Ansehung seines Motivs niedrig gehandelt? Die Antwort auf (1.) ist ein klares Ja. A hat aus Rassenhass gehandelt. Dass er dafür schlechterdings nichts konnte, ändert an diesem rein faktischen Zusammenhang nichts; zu lösen ist der Fall dann über § 20. Die Antwort auf die Frage (2.) ist ein vielleicht weniger sicheres, aber dennoch eindeutiges Nein. Man kann ein Handeln nicht „niedrig“ nennen, das für den Handelnden so wenig steuerbar ist wie ein naturkausaler Ablauf in und mit seinem Körper. Das gilt auch, wenn das Motiv des Handelns, isoliert betrachtet, objektiv niedrig ist. Zu klären ist das Niedrig-Motiviertsein des konkreten und eben kontrollunfähigen Täters, nicht dagegen, ob das bei ihm ermittelte Motiv, läge es bei einem zur Kontrolle fähigen Täter vor, dessen Handeln als niedrig motiviert erscheinen ließe.

Den Erwägungen des BGH liegt ersichtlich der Gedanke aus der obigen Frage (2.) und ihrer verneinenden Antwort zugrunde. Und dieser Gedanke ist richtig. Je weniger ein objektiv niedriges Tötungsmotiv für den Täter kontrollierbar ist, desto stärker entspricht sein Verhalten dem Modell eines naturkausalen Mechanismus'. Solche Mechanismen, wie auch immer sie beschaffen sein und worin immer sie resultieren mögen, können nicht gut als „niedrig“ bezeichnet werden.⁶⁷ Selbstverständlich entsprechen Handlungen auch hochgradig kontrollgestörter Täter diesem Modell so gut wie niemals vollständig. Aber darum geht es nicht. Es geht allein darum, ob Taten, deren normative Konturen sich denen dieses Modells immerhin annähern, noch als „extrem verwerflich“ und daher höchststrafwürdig beurteilt werden können. Ab einem gewissen Grad dieser Annäherung wird man die Frage verneinen müssen.

II.3.4.2 Begrifflicher Zusammenhang von „Niedrigkeit“ und Beherrschbarkeit

Die Überlegungen schließen an unsere früheren handlungstheoretischen Ausführungen an.⁶⁸ Fragt man sich, ob das Mordmerkmal im Sinn der obigen Fragen (1.) oder (2.) gedeutet werden sollte, dann kommt es darauf an, in welchem Maße man subjektive Elemente der Hand-

⁶⁶ Wem das nicht einleuchtet und wer deshalb schon A's Handlungsherrschaft verneinen will, um sie allein dem mittelbaren Täter N zuzuschreiben, der nehme den Hirntumor-Fall aus der vorigen Fn.; dann steht die Handlung des A außer Zweifel, und somit auch, dass er den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung erfüllt. Anzuwenden wäre § 20: „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ (auch Hass-Emotionen gehören zum Bewusstsein).

⁶⁷ So wenig wie die „rachsüchtige“ Tötung seines früheren Peinigers durch einen Elefanten.

⁶⁸ Zunächst zu und in Anm. 25-27 („intentional-teleologisches“ vs. „kausalistisches“ Handlungsmodell), sowie zu und in Anm. 43-45 („expressive actions“).

lungs(auslösungs)kontrolle in den Handlungsbegriff selbst integriert. Knapp und etwas apodiktisch: Wer die Mordmerkmale der 1. Gruppe in § 211 als subjektive Unrechtsmerkmale begreift, hat gute Gründe, eine hinreichende Fähigkeit zur Kontrolle des „niedrigen“ mentalen Ursprungs der Handlung schon mit dem Merkmal selbst zu verbinden und bei Fehlen dieser Fähigkeit mit dem BGH den Tatbestand zu verneinen, nicht erst (ggf.) die Schuld. Es erscheint inkohärent, einerseits das Merkmal als subjektiven Teil des Unrechts zu deklarieren und es andererseits auch dann zu bejahen, wenn ihm im konkreten Tathergang das für jede personale Subjektivität erforderliche Minimum gefehlt hat: die Beherrschbarkeit durch seinen Inhaber. Unsere obigen Überlegungen zu „expressiven Handlungen“ deuten ebenfalls in diese Richtung. Handlungen, deren unmittelbar auslösende Motive der Handelnde nicht kontrollieren kann, entsprechen nicht dem Vollbild rationalen Handelns. Wohl haben sie Beweggründe; aber sie dienen, wenn diese Beweggründe dem steuernden Zugriff des Handelnden nicht zugänglich sind, keinem seiner Zwecke oder Ziele und keiner Absicht.

Im Grundsatz erscheint die BGH-Lösung daher einleuchtend. Die Klage, dass damit eine Graduierbarkeit des Steuerungsvermögens eines Täters in den Tatbestand eingeführt werde, die jedenfalls § 20 für die Schuld nicht kenne, ist dann ebenfalls unberechtigt. Normativ betrachtet ist das kein Nachteil, sondern ein Vorteil. Wenn der Täter immerhin substantiell, wenn auch unterhalb der Schwelle des § 20, in seiner Fähigkeit beeinträchtigt war, sein niedriges Motiv und dessen handlungsauslösende Wirksamkeit zu beherrschen, dann verdient seine Tat zumindest möglicherweise nicht das Prädikat höchster Verwerflichkeit.⁶⁹ Und war er dies sogar in dem von § 20 bestimmten Maß, dann verdient die Tat das Prädikat erst recht nicht. Wohl diktierten dann zuletzt allein Schulderwägungen das endgültige Ergebnis und der Täter wäre auch vom Totschlagsvorwurf freizusprechen. Doch würden die Gründe dieses Ergebnisses die vorherige Feststellung höchsten subjektiven Unrechts nachdrücklich dementieren. Dass der Täter im höchsten Maße subjektiv „niedrig“ gehandelt habe, wiewohl er dieses Handeln nicht habe vermeiden können, ist normativ inkonsistent. Mit guten systematischen Gründen kann man verlangen, die Kriterien für die Kontrollmängel beim Täter an die Maßgaben des § 21 zu assimilieren. Aber solche Kontrollmängel überhaupt erst jenseits der Schwelle vollständiger Schuldunfähigkeit zu berücksichtigen, wiewohl es um den Vorwurf höchststrafwürdigen Unrechts geht, ist wenig überzeugend. Dass der BGH ihre Prüfung bereits im Tatbestand verlangt, ist auf der Grundlage des geltenden Gesetzes nicht zu beanstanden. Der Vorwurf, dadurch würden die „niedrigen Beweggründe psychologisiert“, geht

⁶⁹ Und unter ein Leitprinzip „Gefährlichkeit“ kann ein Motivmerkmal keinesfalls gestellt werden (s. dazu die obigen Ausführungen sub I.1).

fehl. Denn diese Psychologisierung ist keine. Sie wird von der Formulierung des Merkmals begrifflich, handlungstheoretisch und normativ erzwungen.

II.3.4.3 Der richtige Adressat der Kritik

Damit tritt das eigentliche Ziel der Kritik deutlich ins Licht: das Mordmerkmal selbst. Nicht zu bestreiten, sondern nachdrücklich zu unterstreichen ist die Klage über eine „nahezu beliebige Rechtsfindung nach Maßgabe frei verfügbarer weichspülerartiger Psycho-Kriterien“, in der „die Prinzipienlosigkeit der Prüfung [...] zum Programm“ geworden sei.⁷⁰ Und nicht nur die „Innenseite“, auch zahlreiche objektive Konturen des Merkmals sind längst bekannten Einwänden ausgesetzt.⁷¹ Aber der richtige Adressat für alle diese Beschwerden ist der Gesetzgeber. Er sollte ein Merkmal, dem das Programm einer begrifflichen, normativen, psychologischen und beweisrechtlichen Wirrnis unentrinnbar eingeschrieben ist, endlich streichen.

III. Empfehlung

Das führt mich zu meiner abschließenden Empfehlung – und mit ihr zurück zum AE-Leben von 2008. Streicht man aus dem dort vorgeschlagenen Absatz 2 eines reformierten § 211 die unplausible Einfügung eines Leitprinzips „Gefährlichkeit“ als Maßgabe für die Strafzumessung, nämlich die „Eignung der Tat zur Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“⁷², so sind die verbleibenden sachlichen Vorschläge des Reformentwurfs dem geltenden Recht weit überlegen. Das betrifft vor allem drei wesentliche Veränderungen des derzeitigen § 211: (1.) die besonders dringlich gebotene Ersetzung der „Punktstrafe“ als zwingender Rechtsfolge durch die Möglichkeit, auch eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen. (2.) Die mit dieser Öffnung des möglichen Sanktionsrahmens überzeugend korrespondierende Ersetzung der Mordkriterien als starrer Tatbestandsmerkmale durch eine Reihe ausformulierter Regelbeispiele. Zu begrüßen ist insbesondere auch die vorgeschlagene neuartige Konstruktion dieser Regelmerkmale als notwendiger, aber nicht hinreichender Bedingungen einer Verhängung der Höchststrafe, also der Ausschluss unbenannter höchststrafwürdiger Fälle. Und schließlich (3.) die Streichung der Motivgeneralklausel und deren Ersetzung durch eine

⁷⁰ MK-Schneider, § 211 Rn. 119, 118. – Der BGH bestätigt das gelegentlich selbst. In 2 StR 17/93 führt er aus, die Annahme der Fähigkeit des Täters, seine Antriebe willensmäßig zu steuern, sei „umso eher gerechtfertigt, je schwerwiegender die Tat ist“ (NJW 1993, 3210). Das erscheint im Licht der obigen Grundsatzüberlegungen zur Judikatur wie aus der Luft gegriffen und höchst unplausibel.

⁷¹ Man nehme nur die Behandlung der sog. grundlosen Tötungen durch den BGH. Ein solcher Täter handle aus niedrigem Beweggrund - nicht, weil er ohne Grund töte, sondern weil er dies mit dem Bewusstsein tue, keinen Grund zu brauchen (BGH NStZ 2002, 84, 85; NStZ-RR 2005, 309, 310). Das überzeugt nicht. Dass jemand, der ohne Grund handelt, keinen Grund zum Handeln braucht, ist analytisch wahr. Ein entsprechendes begleitendes Bewusstsein des Täters reicht aber über diesen Befund nicht hinaus: Das Wissen, keinen Grund zu haben, und dennoch zu handeln, impliziert das Wissen, keinen Grund zu brauchen. So wenig wie das Fehlen eines Grundes selbst kann es daher ein „niedriger Beweggrund“ sein.

⁷² Zu den Gründen für die Empfehlung, dieses Leitprinzip zu streichen, s. die Ausführungen oben, sub I.

Reihe konkreter Motiv- bzw. Absichtsmerkmale, die ein besonders erhöhtes Tötungsunrecht und eine damit korrespondierende besonders erhöhte Schuld einleuchtend kennzeichnen.

Die Begründungen für diese vorgeschlagenen Reformen werden im AE-Leben in großer Ausführlichkeit dargelegt; eines Nachzeichnens ihrer Grundlinien bedarf es hier nicht. Sie sind im Wesentlichen (und von der leitprinzipiellen Maßgabe „Sozialgefährlichkeit“ abgesehen) überzeugend. Über Einzelheiten der genauen Gestalt des vorgeschlagenen Regelkatalogs kann man streiten und sollte jedenfalls noch genauer diskutiert werden. Der vorliegende Beitrag ist dafür aber nicht mehr der passende Ort.

10. VRinOLG Ramona Pisal

Gender-Aspekte bei der Reform der Tötungsdelikte

Im Zuge der aktuellen Diskussion über eine Reform der Tötungsdelikte steht neben dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe insbesondere das der Heimtücke erneut in der Kritik. Medial wird der Reformbedarf insoweit vor allem mit der Begründung untermauert, Heimtücke sei das Mordmerkmal der Schwachen, statistisch das der Frauen, und hierfür beispielhaft auf den "Haustyrannenmord" verwiesen. Diese Fokussierung führt zu einer verzerrten Wahrnehmung, denn statistisch sind es nicht die Frauen, die vorwiegend wegen heimtückischen Mordes verurteilt werden, es sind Männer. Sie stellen konstant den ganz überwiegenden Anteil an den Verurteilungen wegen Mordes und bedienen sich bei ihren Taten durchaus der Heimtücke, auch gegenüber physisch schwächeren Opfern wie Frauen und Kindern, aber auch gegenüber körperlich oder in anderer Weise unterlegenen Männern.

Frauen sind in weit größerem Umfang Opfer als Täterinnen. Andererseits trifft es zu, dass Frauen als Täterinnen insbesondere im Fall struktureller Unterlegenheit nicht selten das Mordmerkmal der Heimtücke verwirklichen und eine lebenslange Freiheitsstrafe droht, obwohl diese Rechtsfolge in Ansehung der konkreten Fallkonstellation unverhältnismäßig erscheint.

Der Deutsche Juristinnenbund (djb) erwägt einen etwaigen Reformbedarf der Vorschriften zu den Tötungsdelikten mit Blick auf Frauen als Opfer und Täterinnen. Im Gesamtkonzept darf die Entwicklung nach Streichung des § 217 a.F. StGB – Kindestötung – nicht außer Betracht bleiben.

Der Einschätzung und den Empfehlungen des djb lagen Überlegungen von Dr. Ursula Schneider, Richterin am Bundesgerichtshof, zu Grunde, die im Anschluss an das Referat als Beitrag in der NStZ 2015, Seite 64-69 (Schneider, Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht) veröffentlicht worden sind. Zur Vermeidung von Dopplungen wird auf den Wortlaut des im folgenden abgedruckten Aufsatzes Bezug genommen:

Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – NStZ 2015, 64-69

– Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht –

Dr. Dipl. Psych. Ursula Schneider, Mitglied der djv-Kommission Strafrecht / Richterin am Bundesgerichtshof, Leipzig¹

1. Einführung

Der Deutsche Anwaltverein hat im Januar 2014 einen Entwurf zur Reform der Tötungsdelikte vorgelegt.² In der zugehörigen Pressemitteilung vom 14. Januar 2014 heißt es:

„Heimtücke ist das Mordmerkmal der Schwachen – statistisch gesehen ist es das Mordmerkmal der Frauen. Eine schwache Frau, die den gewalttätigen Ehemann nachts im Schlaf oder mit Gift tötet, wird wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Schlägt hingegen der Mann im Streit seine Frau tot, wird er nur wegen Totschlag zu fünf bis 15 Jahren verurteilt.“

Auch der Bundesminister der Justiz hat das Argument, dass die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung der Tötungsdelikte Frauen benachteilige, zu einem zentralen Grund für die von ihm angestrebte Reform gemacht.³ Indes beruht diese Aussage auf einem zumindest unvollständigen, wenn nicht gar verzerrten Bild der Rolle von Frauen bei Tötungsdelikten:

- Frauen sind in erster Linie nicht als Täterinnen, sondern als Opfer von Tötungsdelikten betroffen. Deshalb muss die geschlechtsspezifische Sichtweise, die am Beispiel des „Haustyrannenfalles“ aktuell mit ins Zentrum der Reform der Tötungsdelikte gerückt wird, in erster Linie eine solche des Opferschutzes sein.
- Heimtücke ist keineswegs das „Mordmerkmal der Frauen“. In vielen Fällen werden Heimtückemorde von Männern an ihren (früheren) Partnerinnen begangen.

¹ Dieser Beitrag stützt sich – neben den zitierten Fundstellen – maßgeblich auf die revisionsrichterlichen Erfahrungen der Verfasserin aus ihrer Tätigkeit im 5. Strafsenat des BGH.

² Vgl. Deckers u.a., Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 2014, 9 ff. und hierzu den Diskussionsbeitrag von Walter, NStZ, 2014, 368 ff.

³ Deutsche Richterzeitung (DRiZ), 2014, 248.

- Daneben ist es das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“, das gerade in Fällen der Tötung von Partnerinnen in der Trennungsphase oft verwirklicht ist. Dieses Merkmal qualifiziert auch sog. „Ehrenmorde“ in der Regel als Morde.
- Nicht der „Haustyrannenmord“, sondern die Kindestötung ist ein signifikantes Delikt von Frauen als Täterinnen von Tötungsverbrechen; den besonderen psycho-sozialen Hintergründen dieser Taten wird das geltende Strafrecht nach Abschaffung des § 217 StGB a.F. nicht mehr gerecht.

2. Frauen als Opfer und Täterinnen von vorsätzlichen Tötungen

a) Nach der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) wurden im Jahr 2013 in der Bundesrepublik Deutschland 2.122 Fälle von Mord und Totschlag polizeilich erfasst, davon 1.591 Versuche.⁴ Von den insgesamt 2.550 Opfern waren etwa 32 Prozent weiblich.⁵ Der Anteil von Frauen und Mädchen an den Opfern vollendeter Tötungen war dabei mit 50 Prozent deutlich höher als ihr Anteil an den Opfern versuchter Tötungen, der bei knapp 27 Prozent lag.⁶ Dies lässt vermuten, dass Taten, die sich gegen Frauen richten, wesentlich häufiger zur Vollendung führen als gegen Männer gerichtete.

Unter den wegen Mord oder Totschlag Tatverdächtigen überwiegen Männer mit 88 Prozent bei weitem;⁷ ihr Anteil liegt damit noch über ihrem Anteil an den Tatverdächtigen insgesamt (74%).⁸ Ein ähnliches Bild zeichnet die Strafverfolgungsstatistik: Von 128 im Jahr 2012 wegen (vollendeten) Mordes Verurteilten waren 118 Männer (Totschlag: 285 Verurteilte – 254 Männer).⁹

b) Tötungsverbrechen sind Beziehungsdelikte.¹⁰ Dabei fallen Mädchen und Frauen besonders häufig nahestehenden Personen zum Opfer. Während dies im Jahr 2013 nur bei rund 26 Prozent der männlichen Opfer der Fall war, wurden rund 72 Prozent der weiblichen Opfer von Angehörigen umgebracht.¹¹ Bei mehr als einem Viertel aller Opfer vollendeter Tötungs-

⁴ *Bundeskriminalamt* (Hg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland – Jahrbuch 2013 (PKS)*, Wiesbaden 2014, S. 15.

⁵ *PKS*, S. 36.

⁶ *PKS*, S. 36.

⁷ *PKS*, S. 62; auch bei Morden betrug ihr Anteil an den Tatverdächtigen 88%, S. 127.

⁸ *PKS*, S. 51.

⁹ *Statistisches Bundesamt* (Hg.): *Rechtspflege – Strafverfolgung 2012*. Wiesbaden 2014, S. 158.

¹⁰ Vgl. hierzu zusammenfassend *Grünwald*, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, S. 21 ff. sowie *Mouzos*, in: *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. 2, 2009, S. 655 f.; *PKS*, S. 42.

¹¹ *PKS*, S. 43.

delikte wurde der Partner oder die Partnerin als tatverdächtige Person ermittelt.¹² Dass dies nur bei rund 14 Prozent der Opfer versuchter Tötungsdelikte der Fall war, weist darauf hin, dass von Tötungsvorsatz getragene Angriffe durch (Ehe-)Partner für das Opfer besonders gefährlich sind.

c) Soweit Partnertötungen erfasst werden, nimmt die PKS keine Aufschlüsselung der Anteile beider Geschlechter an den Tatverdächtigen und Opfern vor. Es ist jedoch empirisch erwiesen und kriminologisch anerkannt, dass Partnergewalt ein „asymmetrisches Phänomen“ ist: Opfer sind vor allem die Frauen.¹³ Dies gilt auch und gerade für Tötungsdelikte.¹⁴ Während Männer eher durch Bekannte oder Fremdtäter getötet werden, findet der überwiegende Anteil der „Femizide“ im familiären Kontext statt.¹⁵ Ein weitaus höherer Anteil von Frauen wird durch ihre Lebenspartner umgebracht als umgekehrt.¹⁶

Als besonders gefährlich erweisen sich Trennungsphasen, insbesondere wenn die Trennung auf die Initiative der Frau zurückgeht.¹⁷ Als Tatmotive werden hier oft patriarchalische „Besitzansprüche“ der Männer wirksam.¹⁸ Auch wenn das Spektrum der Trennungsgewalt keineswegs auf Partnerschaften mit vorheriger Beziehungsgewalt beschränkt ist¹⁹, bestand in einem großen Teil der Fälle bereits vor der Tat eine auf Kontrolle und soziale Isolation der Frau durch den Mann angelegte Misshandlungsbeziehung, die mit der Zeit eskaliert ist. Der Misshandler kann Versuche „seiner“ Frau, sich von ihm zu lösen, nicht „ertragen“; die letzte Form seiner Kontrolle ist die Tötung der Frau.²⁰

Wenn eine Frau einen Mann tötet, ist allerdings auch dies oft Endpunkt einer von „patriarchalem Terrorismus“²¹ geprägten Beziehung. Die misshandelte Frau ist an einem Punkt angekommen, an dem sie meint, in einer sich ständig verschlimmernden, lebensbedrohlichen Situation ohne Hoffnung auf Besserung oder einen Ausweg gefangen zu sein.²²

d) Auch in Fällen von „Ehrenmorden“ geht es um die Durchsetzung patriarchalen Besitzdenkens und die Ausübung von Kontrolle.²³ *Oberwittler* und *Kasselt*²⁴ definieren Ehrenmorde als

¹² PKS, S. 46.

¹³ Schneider, H.J.: GA, 2002, 428.

¹⁴ Schneider, H.J., in: Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. 2, 2009, S. 692 f.

¹⁵ vgl. Greuel, Eskalation von Beziehungsgewalt, in: Lorei (Hg.), Polizei und Psychologie: Kongressband der Tagung vom 3. und 4. April 2006 in Frankfurt/M., 2007, S. 61 f.; Greuel/Petermann: Bis dass der Tod uns scheidet – Tötung der Intimpartnerin, in: Greuel/Petermann: Macht – Nähe – Gewalt(?): (Sexuelle) Gewalt- und Tötungsdelikte im sozialen Nahraum, 2005, S. 11, 21.

¹⁶ Schneider, H.J., a.a.O., 2009, S. 693; Greuel, a.a.O., S. 63; Greuel/Petermann, a.a.O., S. 26, jeweils m.w.N.

¹⁷ Greuel, a.a.O., S. 70 m.w.N.; vgl. auch Steck u.a., Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MSchrKrim), 1997, S. 404 ff.

¹⁸ Schneider, H.J., a.a.O., 2002, S. 429; Greuel, a.a.O., S. 65.

¹⁹ Greuel/Petermann, a.a.O., S. 27 m.w.N.

²⁰ Schneider, H.J., a.a.O., 2009, S. 692 f.

²¹ Schneider, H.J., a.a.O., 2009, S. 692 f.

²² Schneider, H.J., a.a.O., 2009, S. 693.

²³ Greuel/Petermann, a.a.O., S. 23.

²⁴ Oberwittler/Kasselt: Ehrenmorde in Deutschland – 1996-2005, 2011, S. 23 ff.; vgl. auch Grünwald, NSTz, 2010, 1.

vorsätzlich begangene versuchte oder vollendete Tötungsdelikte, die im Kontext patriarchalisch geprägter Familienverbände oder Gesellschaften vorrangig von Männern an Frauen verübt werden, um die aus Tätersicht verletzte Ehre der Familie oder des Mannes wiederherzustellen. Ein Ehrenmord im engeren Sinn ist die Tötung eines Mädchens oder einer jungen Frau durch ihre Blutsverwandten zur Wiederherstellung der kollektiven Familienehre. Häufiger als Ehrenmorde im engeren Sinn sind Grenzfälle zur Partnerinnentötung, bei denen die Ehefrau oder Partnerin durch Unabhängigkeitsstreben, Trennung bzw. Trennungsabsicht oder (vermutete) Untreue den Anlass für die gewaltsame Reaktion des (Ex-)Partners gibt. Partnerinnentötungen, die Merkmale von Ehrenmorden aufweisen, unterscheiden sich von „normalen“ Partnerinnentötungen vor allem durch die Unterstützung oder das Verständnis im familiären Umkreis des Täters und durch die Legitimierung der Tat mit einem Ehrkonzept, das vom Täter als wichtiger als das allgemeine Tötungsverbot angesehen wird. Ehrenmorde werden als extremes Resultat der Verknüpfung von patriarchaler Dominanz über Frauen und deren Sexualität, rigiden Verhaltensnormen sowie der Bedeutung der Ehre für die Sozialbeziehungen in wirtschaftlich und sozial rückständigen, agrarischen Stammesgesellschaften verstanden.²⁵ In Deutschland ereignen sie sich in Migrantenfamilien, die diese patriarchalen Verhaltensnormen mitgebracht haben.²⁶

3. Bei „Frauenmorden“ verwirklichte Mordmerkmale

In der gerichtlichen Praxis werden die – in der Reformdiskussion besonders kritisierten²⁷ – Mordmerkmale der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe gerade bei einer Vielzahl von Tötungsdelikten angenommen, die von Männern an ihren Partnerinnen oder – im Fall von sog. „Ehrenmorden“ – auch an ihren Töchtern oder Schwestern begangen werden.²⁸

a) Eine Vielzahl von Entscheidungen, insbesondere auch des Bundesgerichtshofs (BGH) befasst sich mit Tötungen von Partnerinnen und der Frage, unter welchen Voraussetzungen

²⁵ Oberwittler/Kasselt, a.a.O., S. 36.

²⁶ Oberwittler/Kasselt, a.a.O., S. 36 ff.

²⁷ Vgl. z.B. Wolf: FS Schreiber, 2003, S. 519, 526 ff.; Grünwald: Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 87 ff.; Eser: Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, 1980, S. 39 ff., 44 ff.; Heine u.a.: GA, 2008, S. 193, 196, 213 ff.; Fischer: StGB, 61. Aufl., § 211 Rn. 15.

²⁸ Schon ein entsprechender Juris-Suchlauf ergibt eine Vielzahl von BGH-Entscheidungen, in denen Frauen Angriffen auf ihr Leben seitens ihrer Partner zum Opfer fielen und die Mordmerkmale „niedrige Beweggründe“ und/oder „Heimtücke“ in Betracht gezogen werden; vgl. hierzu auch die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten. Zu berücksichtigen ist, dass darüber hinaus in der Revisionspraxis des BGH zahlreiche solche Fälle betreffende Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO vorkommen, so z.B. zu LG Berlin, Urteil vom 24. März 2014 – (529-) 234 Js 461/13 (14/13) = BGH 5 StR 378/14; LG Potsdam, Urteil vom 10. April 2014 – 21 Ks 4/13 = BGH 5 StR 372/14.

in solchen Fällen *niedrige Beweggründe* zu bejahen sind.²⁹ Beweggründe gelten als niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag verachtenswert sind.³⁰ Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen Kriterien zur Präzisierung dieses Mordmerkmals entwickelt und es haben sich Fallgruppen herausgebildet.³¹

In Fällen der Tötung von Partnerinnen wurden niedrige Beweggründe angenommen, wenn der Täter vermeintliche „Besitzrechte“ an der Frau nicht aufgeben will,³² sie keinem anderen Mann gönnt,³³ ihr Abwenden von ihm verhindern will,³⁴ sie daran hindern will, ein Leben nach ihren Wünschen zu führen³⁵ und ihr letztendlich ohne eine Beziehung mit ihm das Lebensrecht abspricht. Sie wurden auch bejaht, wenn der Täter die Frau aus Wut über ihre (vermeintliche) Untreue bestrafen will.³⁶

Gerade bei einer Tötung, die geschieht, weil sich die Intimpartnerin vom Täter abwendet, können allerdings tatalösend und -bestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und Enttäuschung, der inneren Ausweglosigkeit und des erlittenen Unrechts sein, die eine Bewertung als „niedrig“ fraglich erscheinen lassen. Dem hat der BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen Rechnung getragen.³⁷ Die Rechtsprechung ist insoweit differenziert und am Einzelfall ausgerichtet; sie erfasst nur diejenigen Partnerintötungen als Morde aus sonstigen niedrigen Beweggründen, die auf normalpsychologisch nicht mehr nachvollziehbaren und sozialetisch unakzeptablen Motiven beruhen.

b) In der Praxis der (Revisions-)Rechtsprechung sind bei versuchten und vollendeten Partnerintötungen „*Heimtückefälle*“ nicht selten.³⁸ In nicht wenigen Fällen, in denen es nicht gelingt, aus einem Motivbündel des Täters „niedrige Beweggründe“ festzustellen, ist es die

²⁹ Vgl. die nachfolgenden Nachweise in Fußnoten 30, 32 bis 37.

³⁰ St. Rspr., vgl. etwa BGH, Urteile vom 1. März 2012 – 3 StR 425/11, NStZ 2012, 691 f.; Beschluss vom 15. Mai 2003 – 3 StR 149/03, NStZ 2004, 34 m.w.N.; *MünchKommStGB/Schneider*, § 211 Rn. 69; *Fischer*, StGB, 61. Aufl., § 211 Rn. 14a.

³¹ Vgl. *MünchKommStGB/Schneider*, § 211 Rn. 69 ff.; *Fischer*, a.a.O., Rn. 14 ff.

³² Vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 2012 – 2 StR 103/12, NStZ-RR 2012, 339.

³³ LG Potsdam, Urteil vom 10. April 2014 – 21 Ks 4/13.

³⁴ Vgl. BGH, Urteile vom 12. Juni 2013 – 5 StR 129/13, NStZ 2013, 524; vom 27. Juni 2012 – 2 StR 103/12, NStZ-RR 2012, 339 f.

³⁵ LG Bielefeld, Urteil vom 23. April 2010 – 10 Ks 46 Js 370/09 1/10 –, juris; LG Bielefeld, Urteil vom 17. August 2009 – 10 Ks 46 Js 1/09 - 11/09 –, juris.

³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2012 – 3 StR 346/11, NStZ-RR 2012, 245.

³⁷ Vgl. BGH, Urteile vom 12. Juni 2013 – 5 StR 129/13, NStZ 2013, 524, 525; vom 1. März 2012 – 3 StR 425/11, NStZ 2012, 691; vom 29. Oktober 2008 – 2 StR 349/08, BGHSt 53, 31; vom 15. Februar 2007 – 4 StR 467/06, NStZ-RR 2007, 174; vom 25. Juli 2006 – 5 StR 97/06, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 47; vom 23. August 2006 – 1 StR 266/06, NStZ-RR 2007, 14; vom 14. Dezember 2000 – 4 StR 375/00, StV 2001, 228; vom 2. Mai 1990 – 3 StR 11/90, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 18; Beschluss vom 22. Juli 2010 – 4 StR 180/10, NStZ 2011, 35 m.w.N.

³⁸ Vgl. die nachfolgenden Nachweise in Fußnoten 39 bis 43.

heimtückische Begehungsweise der Tötung, die sie als Mord qualifiziert.³⁹ Häufig handelt es sich um aus Sicht der Frauen plötzliche, von den Tätern gleichwohl geplante Attacken, die sich zwar vor dem Hintergrund einer konfliktreichen Beziehung oder einer aktuellen Auseinandersetzung ereignen, in der die Partnerin dennoch aktuell keinen erheblichen Angriff auf ihre körperliche Unversehrtheit oder gar auf ihr Leben erwartet.⁴⁰ Der Tötungshandlung unmittelbar vorausgehende verbale Streitigkeiten stehen der Heimtücke grundsätzlich nicht entgegen, da es auf die Arglosigkeit des Opfers gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit ankommt.⁴¹

Einem typischen Tatbild bei Partnerinnenmorden entsprechen Fälle, in denen der Täter der Frau, die sich von ihm getrennt hat, mit immer neuen Kontaktversuchen nachstellt und ihr schließlich, z.B. an ihrem Arbeitsplatz, in der Nähe ihrer Wohnung oder der Kindertagesstätte der Kinder auflauert, um sie zu töten, oder in denen er sie unter einem Vorwand, etwa mit der Bitte um eine letzte Aussprache, in eine ungeschützte Situation lockt.⁴² Wenn das Opfer im Tatzeitpunkt von dem Angriff auf sein Leben überrascht wurde, hebt auch eine auf früheren Aggressionen und Nachstellungen des Täters beruhende latente, dauerhafte Angst des Opfers seine Arglosigkeit nicht auf.⁴³

Gerade auch Fälle der Tötung von Partnerinnen zeigen, dass „Heimtücke“ den Unrechtsgehalt eines Angriffs auf das Leben unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes in besonderem Maße erhöht: Die Frau, die vom heimlichen Angriff auf ihr Leben überrascht wird, ist besonders wehrlos. Die bewusste und feindselige Ausnutzung einer solchen Lage zur Tötung erscheint in hohem Maße verwerflich.⁴⁴

c) *Niedrige Beweggründe* sind auch das Mordmerkmal, das in Fällen von sog. „*Ehrenmorden*“ regelmäßig in Frage kommt. Bei der rechtlichen Bewertung von Ehrenmorden ist von maßgeblicher Bedeutung, dass nach der Rechtsprechung der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes „*den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtli-*

³⁹ Vgl. etwa BGH, Urteil vom 18. Juni 2014 – 5 StR 60/14, NStZ 2014, 511; vom 12. Februar 2009 – 4 StR 529/08, NStZ 2009, 264; vom 9. September 2003 – 5 StR 126/03, NStZ-RR 2004, 14.

⁴⁰ Vgl. BGH, Urteile vom 24. September 2014 – 2 StR 160/14; vom 11. Dezember 2012 – 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232; vom 29. April 2009 – 2 StR 470/08, NStZ 2009, 569; vom 20. Juli 2004 – 1 StR 145/04, NStZ 2005, 526; vom 10. November 2004 – 2 StR 248/04, NStZ 2005, 688.

⁴¹ BGH, Urteil vom 6. September 2012 – 3 StR 171/12, NStZ-RR 2012, 371.

⁴² S. BGH, Urteile vom 23. April 2013 – 5 StR 610/12, NStZ 2013, 522; vom 10. Februar 2010 – 2 StR 503/09, NStZ 2010, 450; vom 1. April 2009 – 2 StR 571/08, NStZ 2009, 501; vom 12. Februar 2009 – 4 StR 529/08, NStZ 2009, 264; Beschluss vom 6. November 2014 – 4 StR 416/14.

⁴³ BGH, Urteile vom 30. August 2012 – 4 StR 84/12, NStZ 2013, 337; vom 9. September 2003 – 5 StR 126/03, NStZ-RR 2004, 14; vom 10. Februar 2010 – 2 StR 503/09, NStZ 2010, 450; Beschluss vom 6. November 2014 – 4 StR 416/14.

⁴⁴ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2005, 690.

chen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt⁴⁵, zu entnehmen ist.⁴⁶ Auf abweichende Wertvorstellungen des Täters oder seines Kulturkreises kommt es nicht an.⁴⁷

Ehrenmorde dienen der Durchsetzung eines von einem archaisch-patriarchalen Rollenverständnis geprägten Ehrbegriffs gegenüber weiblichen Familienmitgliedern, die einen von diesem Rollenverständnis abweichenden Lebensstil pflegen möchten und damit Freiheitsrechte in Anspruch nehmen, die ihnen in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft als Grundrechte zustehen. Als Vollstrecker eines von ihm oder seiner Familie gefällten Todesurteils erhebt sich der Täter über die Rechtsordnung. Nach den geltenden Maßstäben der Rechtsprechung sind diese zugrunde liegenden Motive als besonders verwerflich anzusehen. Zwar muss der Täter subjektiv in der Lage sein zu erkennen, dass in Deutschland eine Bewertung seiner Motive als niedrig vorgenommen wird. Die Fähigkeit dazu kann bei einem ausländischen Täter fehlen, der den in seiner Heimat gelebten Anschauungen derart intensiv verhaftet ist, dass er deswegen die in Deutschland gültigen abweichenden sozialemischen Bewertungen seines Motivs nicht in sich aufnehmen und daher auch nicht nachvollziehen kann.⁴⁸ Dies wird aber allenfalls in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Es stellt sich nämlich schon die Frage, ob das Rechtssystem des jeweiligen Heimatlandes solche „Anschauungen“ überhaupt anerkennt oder es sich lediglich um partikuläre Sitten handelt, über deren auch ihm bekannte gesamtgesellschaftliche Missbilligung der Täter sich bewusst hinwegsetzt.⁴⁹ Im Übrigen ist den Tätern bei in Deutschland begangenen Taten die Diskrepanz zwischen den hier geltenden gesetzlichen Regelungen und heimatlich-archaischen Sitten in der Regel sehr wohl bekannt; ihre Entscheidung für die Sitte erfolgt aus einer Ablehnung des rechtlichen Normensystems.⁵⁰

4. Heimtückemorde an Haustyrannen

„Echte“ Haustyrannenfälle, in denen eine in einer unerträglichen Gewaltbeziehung gefangene Frau ihren gewalttätigen Partner unter möglicher Verwirklichung des Mordmerkmals der

⁴⁵ BGH, Beschluss vom 10. Januar 2006 – 5 StR 341/05, NStZ 2006, 286, 287.

⁴⁶ Vgl. auch BGH, Urteil vom 28. Januar 2004 – 2 StR 452/03, NJW 2004, 1466, 1467; vom 20. Februar 2002 – 5 StR 538/01, NStZ 2002, 369, 370; vgl. auch LG Detmold, Urteil vom 16. Mai 2012 – 4 Ks 31 Js 1086/11 - 10/12 –, juris; LG Hagen, Urteil vom 19. Januar 2010 – 52 Ks 400 Js 552/08 - 9/09 –, juris.

⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 7. Oktober 1994 – 2 StR 319/94, NJW 1995, 602.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 28. Januar 2004 - 2 StR 452/03, NJW 2004, 1466, 1467.

⁴⁹ So für die Türkei Grünwald NStZ 2010, 1, 3 ff.

⁵⁰ So Grünwald, a.a.O., S. 9.

Heimtücke, z.B. im Schlaf oder mit Gift tötet, kommen selten vor.⁵¹ Es bestehen erhebliche Zweifel, ob in den konkreten Fällen das angenommene heimtückische Verhalten das Unrecht der Tötung wirklich erhöht.⁵² Der BGH hat hier in seiner Rechtsprechung mehrere Lösungswege gewiesen:

- Nach dem Beschluss des Großen Strafsenats vom 19. Mai 1981⁵³ ist in Fällen heimtückischer Tötung zwar auch dann wegen Mordes zu verurteilen, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheint. Es ist jedoch der Strafraum des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden. „Notstandsnahe, durch eine ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene Taten können solche Umstände aufweisen.“⁵⁴
- Bevor das Tatgericht auf "außergewöhnliche Umstände" in diesem Sinne zurückgreift, muss es jedoch alle Merkmale der Heimtücke (insbes. das Ausnutzungsbewusstsein⁵⁵), sowie alle in Betracht kommenden Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, insbesondere Notwehr (§ 32 StGB) und entschuldigender Notstand (§ 35 StGB), erschöpfend abhandeln, und zwar auch insoweit, als die Täterin sich möglicherweise die sie begründenden Umstände irrig vorgestellt hat (Putativnotwehr, Putativnotstand) und sich mit den gesetzlichen Schuld minderungsgründen eingehend auseinandersetzen.⁵⁶ Allerdings wird bei der Prüfung der anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr (§ 35 Abs. 1 StGB) regelmäßig verlangt, zunächst die Hilfe Dritter, namentlich staatlicher Stellen, in Anspruch zu nehmen.⁵⁷ Auch die Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 Satz 1 StGB (Freispruch bei unvermeidbarem Irrtum über entschuldigende Umstände, insbesondere die Möglichkeit, Hilfe Dritter zu erlangen) werden regelmäßig nicht vorliegen. Bei einem somit vermeidbaren Irrtum über Umstände, die einen entschuldigenden Notstand begründen würden (Täterin ist von der Ausweglosigkeit ihrer Lage überzeugt), ist die Strafe aber nach §§ 35 Abs. 2 Satz 1, 49 Abs. 1

⁵¹ Vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 – 1 StR 483/02, BGHSt 48, 255: Erschießen des schlafenden Mannes mit dessen Pistole; Beschluss vom 2. August 1983 – 5 StR 503/83, NStZ 1984, 20: Erschlagen des schlafenden Mannes mit einem Fäustel; vgl. auch Urteil vom 1. Dezember 2005 – 3 StR 243/05, NStZ-RR 2006, 200: Tötung des Ehemannes durch die Ehefrau und deren Liebhaber im PKW nach vorausgegangenen Mordversuchen mit Gift – hier hat der BGH Zweifel an der Motivation der Täterin geäußert.

⁵² Regnier, NStZ, 2004, 233, 235.

⁵³ GSSt 1/81, BGHSt 30, 105.

⁵⁴ A.a.O., S. 119.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urteile vom 24. September 2014 – 2 StR 160/14; vom 11. Dezember 2012 - 5 StR 438/12, NStZ 2013, 232, 233; vom 11. Juni 2014 - 2 StR 117/14; Fischer, StGB, 61. Aufl., § 211 Rdn. 34, 44, jeweils m.w.N.

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 2. August 1983 – 5 StR 503/83, NStZ 1984, 20.

⁵⁷ Zu Recht kritisch Regnier, NStZ 233, 238.

Nr. 1 StGB zu mildern. Eine obligatorische Milderung nach diesen Vorschriften ist für die Straffindung gegenüber einer etwaigen Milderung wegen Vorliegens außergewöhnlicher Umstände beim Heimtückemord vorgreiflich, da sie für die Täterin regelmäßig günstiger ist.⁵⁸

Die Besorgnis, dass „eine schwache Frau, die den gewalttätigen Ehemann nachts im Schlaf oder mit Gift tötet, ... wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt“ werden wird⁵⁹, erscheint mithin unbegründet. Freilich sind die Lösungen der Rechtsprechung in Haustyrannenfällen der oben umrissenen Art unbefriedigend, weil sie den Schuldspruch wegen Mordes unberührt lassen. Dieser Schuldspruch bildet das tatsächlich verwirklichte Unrecht in den genannten Fällen nicht zutreffend ab. Die vom Bundesverfassungsgericht⁶⁰ gewiesene Möglichkeit, das Merkmal der Heimtücke etwa im Wege einer „Typenkorrektur“ unter dem Aspekt der besonderen Verwerflichkeit⁶¹ einschränkend auszulegen, hat der BGH nicht genutzt.⁶²

5. Kindestötung

Durch das 6. Strafrechtsreformgesetz wurde der Privilegierungstatbestand des § 217 StGB⁶³ ersatzlos gestrichen. Zur Begründung wurde angeführt, dass der Tatbestand in der strafrechtlichen Praxis quantitativ kaum mehr eine Rolle spiele. § 217 StGB, der der Notlage der nichtehelich gebärenden Mutter (Angst vor Schande; wirtschaftliche Probleme) Rechnung tragen sollte, sei nicht mehr zeitgemäß. Die psychische Ausnahmesituation einer Mutter, die ihr eheliches oder nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt töte, könne durch die Anwendung des § 213 StGB Berücksichtigung finden.⁶⁴

Tatsächlich stellen Kindestötungen ungeachtet des Umstandes, dass es keine Daten zur Häufigkeit von Tötungen neugeborener Kinder durch ihre Mütter in oder gleich nach der Ge-

⁵⁸ BGH, Urteil vom 25. März 2003 – 1 StR 483/02, BGHSt 48, 255, 263.

⁵⁹ Vgl. die eingangs zitierte Pressemitteilung des DAV vom 14. Januar 2014.

⁶⁰ BVerfGE 45, 187, 267.

⁶¹ Zu weiteren Möglichkeiten einer einschränkenden Auslegung vgl. die Übersicht bei *Küper*: Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen, Heidelberg 2012, S. 198 f. m.w.N.

⁶² GSSt 1/81, BGHSt 30, 105, 114 ff.

⁶³ § 217 Kindestötung:

(1) Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 81 f.

burt gibt, kein Häufigkeitsproblem dar. In der revisionsgerichtlichen Praxis sind sie selten.⁶⁵ Tötungen eines Neugeborenen durch seine Mutter in oder gleich nach der Geburt zeigen allerdings in der Praxis *typische schuld mindernde Merkmale*: Täterinnen sind nicht selten noch sehr junge Frauen. Sie leben in schlecht organisierten, prekären Verhältnissen. Die getöteten Kinder entstammen problematischen Partnerschaften oder „One-Night-Stands“. Es bestehen bei den Frauen Persönlichkeitsprobleme, die dazu führen, dass sie zu vorausschauendem Verhalten wenig in der Lage sind, was sich u.a. bereits darin zeigt, dass sie keine effektive Verhütung von Schwangerschaften betreiben. Die Frauen reagieren auf die Schwangerschaft mit deren Verleugnung vor sich selbst (Nicht-Wahrhaben-Wollen) und deren Verheimlichung vor ihrer Umwelt.⁶⁶ Sie treffen keine Vorbereitung für die Geburt, schieben Entscheidungen vor sich her, Warten auf ein „Wunder“, betreiben „Kopf-in-den-Sand-Politik“. Von der Geburt werden sie vor diesem Hintergrund „überrascht“. Die Geburt erfolgt ohne fremde Hilfe.⁶⁷

§ 217 StGB a.F. trug diesen schuld mindernden Besonderheiten – allerdings begrenzt auf nichtehelich Gebärende – Rechnung. Er verlangte von den Gerichten keinen besonderen Wertungsprozess. Trotz Aufhebung des § 217 StGB a.F. ist zwar auch nach neuer Rechtslage zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Weise sich die körperliche und seelische Belastung der Gebärenden, die Grund für die Privilegierung der Kindstötung war, bei der Begehung eines einschlägigen Tötungsdelikts ausgewirkt hat.⁶⁸ Die psychische Ausnahmesituation einer Mutter, die ihr eheliches oder nichteheliches Kind während oder gleich nach der Geburt tötet, kann danach im Einzelfall durch die Anwendung des § 213 StGB Berücksichtigung finden. Die Annahme eines minderschweren Falles ist jedoch in diesen Fällen keineswegs zwingend, sondern bedarf einer Gesamtwürdigung.⁶⁹ § 213 StGB erfordert einen Wertungsprozess, der nicht nur von den Umständen des Falles, sondern auch vom Verteidigungsverhalten der Angeklagten und dem Problembewusstsein und der Einstellung der beteiligten Richterinnen und Richter zu „solchen“ Taten geprägt und der in der Revision nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die früheren Privilegierungsgründe können auch nicht über

⁶⁵ Allerdings dürfte es eine Dunkelziffer geben, da nicht alle Babyleichen gefunden werden und es nicht selten nur Zufälle sind, die eine Tat ans Licht bringen, vgl. *Lammel*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (FPPK), 2008, 96, 97.

⁶⁶ Vgl. *Lammel*, FPPK, 2008, 96, 103; *Marmeros*, MSchrKrim, 1998, 173.

⁶⁷ Vgl. BGH, Urteile vom 23. April 2009 – 3 StR 100/09, NStZ 2009, 439; vom 30. Oktober 2008 – 4 StR 352/08, NStZ 2009, 210; vom 19. Juni 2008 – 4 StR 105/08, NStZ-RR 2008, 308; vom 5. Juni 2003 – 3 StR 55/03; vom 12. November 2009 – 4 StR 227/09, NStZ 2010, 214; Beschlüsse vom 21. Oktober 2014 – 5 StR 296/14; vom 9. September 2014 – 5 StR 258/14; vom 23. April 2014 – 5 StR 143/14; vom 22. Oktober 2013 – 5 StR 392/13; vom 20. August 2009 – 5 StR 233/09; vom 25. Juni 2009 – 5 StR 174/09, NStZ-RR 2009, 337; vom 27. März 2007 – 5 StR 491/06, NStZ 2007, 518; vom 14. Dezember 1999 – 5 StR 534/99; LG Bonn, Urteil vom 09. August 2013 – 24 Ks - 900 Js 767/12 - 3/13, 24 Ks 3/13 –, juris.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 5. Juni 2003 – 3 StR 55/03, BGHR StGB § 212 Abs 1 Kindstötung 1.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 6. November 2003 – 4 StR 296/03, NStZ-RR 2004, 80; vgl. auch LG Erfurt NStZ 2002, 260, 261 f.

eine Anwendung der §§ 20, 21 StGB in die Verurteilung transportiert werden⁷⁰: Sofern bei der Täterin außer der Belastung durch die Geburt keine schon unabhängig hiervon bestehenden schweren geistig-seelischen Beeinträchtigungen festzustellen sind, kommt bei Kindstötungen eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit kaum in Betracht.⁷¹ Das Vorliegen solcher Dekulpierungsgründe ist indes die Ausnahme.⁷²

Ein weiteres Problem kommt hinzu: Nach der Rechtsprechung handelte es sich bei § 217 StGB a.F. um ein Sonderdelikt, das die Anwendung des § 211 StGB ausschloss. Mit seiner Aufhebung ist die Sperrwirkung des § 217 StGB⁷³ gegenüber dem Mordtatbestand entfallen.⁷⁴ Zwar kommt in Fällen der Tötung eines neugeborenen Kindes durch die Kindesmutter die Annahme von Mord (aus niedrigen Beweggründen) nur ausnahmsweise in Betracht.⁷⁵ Eine solche Ausnahme wurde angenommen, wenn die Tat von „besonders krasser Selbstsucht“ geprägt ist.⁷⁶ Der vom 4. Strafsenat entschiedene Fall, erweckt dabei allerdings den Anschein, dass der Angeklagten vor allem aufgrund ihres ungeschickten Einlassungsverhaltens „besonders krasse Selbstsucht“ bescheinigt wurde.

Insgesamt war die ersatzlose Streichung des § 217 StGB a.F. ein kriminalpolitischer Fehler.⁷⁷ Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers⁷⁸ können weder § 213 StGB, noch § 21 StGB die entstandene Lücke schließen.

6. „Genderpolitische“ Argumente in der Reformdiskussion: Delegitimation, gerechtes Verhältnis zur Schwere der Tat und Opferschutzaspekte

In der Diskussion über die Reform der Tötungsdelikte sind die genderpolitischen Argumente, auf die sich dieser Beitrag konzentriert, nicht die einzigen. Tatsächlich sind sie aber ein wichtiger Aspekt bei Reformüberlegungen. Denn ein Großteil der Opfer sind Frauen. Nicht selten

⁷⁰ *Lammel*, FPPK, 2008, S. 96, 103.

⁷¹ Vgl. BGH, Urteile vom 23. April 2009 – 3 StR 100/09, NStZ 2009, 439; vom 19. Juni 2008 – 4 StR 105/08, NStZ-RR 2008, 308 f.; vom 5. Juni 2003 – 3 StR 55/03, BGHR StGB § 212 Abs 1 Kindstötung 1.

⁷² *Lammel*, FPPK, 2008, S. 96, 98.

⁷³ Vgl. BGH Urteil vom 19. Juni 1951 – 1 StR 189/51, BGHSt 1, 235, 237.

⁷⁴ Vgl. *Dölling*, FPPK 2009, 32 f.; *Zabel*, Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), 2010, 403 f.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – 4 StR 105/08.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 30. Oktober 2008 – 4 StR 352/08.

⁷⁷ Vgl. auch *Zabel*, HRRS, 2010, 403; *Lammel*, FPPK, 2008, 96.

⁷⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 81 f.

sind die Taten – wie aufgezeigt – Auswüchse eines patriarchalischen Macht- und Besitzdenkens. Ihre Bewertung als Mord und ihre Bedrohung mit der schwersten nach dem StGB verfügbaren Strafe dient der *Delegitimation* solcher auf sozialetisch völlig inakzeptablen Ansprüchen gegründeten Taten.

Frauen befinden sich Männern gegenüber oft zumindest physisch in einer „schwächeren“ Position, die sie gegenüber gewaltsamen Attacken schutzlos macht. Gerade in vielen Fällen, in denen Frauen Tötungsdelikten zum Opfer fallen, gewährleistet deshalb erst der Mordtatbestand verbunden mit der Strafdrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe eine *unrechtsangemessene Bestrafung*. Um dem Unrechtsgehalt von Taten der unter 2. und 3. dargestellten Fallgruppen Rechnung zu tragen, kann auf den Mordtatbestand und insoweit insbesondere auf die Mordmerkmale der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe schwerlich verzichtet werden. Insbesondere lassen sich die meisten der dargestellten Fälle durch die in der Reformdiskussion als Ersatz für das Heimtückemerkmal vorgeschlagenen Merkmale „Ausnutzung des besonderen Vertrauens des Opfers“⁷⁹ oder „arglistiges Erschleichen oder Bestärken des Vertrauens des Opfers oder einer Schutzperson“⁸⁰ nicht als Morde qualifizieren.

Die Bewertung solcher Taten als „Mord“ und ihre Bedrohung mit lebenslanger Freiheitsstrafe dienen durchaus dem *Opferschutz*.

Auch wenn eine *abschreckende Wirkung* der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord empirisch nicht gesichert werden kann und ein großer Teil der Mörder aus einer Konfliktsituation heraus handelt, heißt das nicht ohne weiteres, dass die Strafdrohung in diesen Fällen wirkungslos ist.⁸¹ Auch Konflikttäter entscheiden sich nicht notwendigerweise kopflos, einen anderen Menschen umzubringen. Tötungen von Partnerinnen gehen oft längere Planungen und Tatanlaufphasen voraus. Es ist möglich, dass sich gerade in diesen Phasen die absolut angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe abschreckend auswirkt, zumal die Täter mit einer hohen Wahrscheinlichkeit der Entdeckung ihrer Taten und ihrer Bestrafung zu rechnen haben.⁸² Klar ist, dass Abschreckung bei den Tätern nicht funktioniert hat; nicht bekannt ist aber, in wie vielen Fällen, in denen es letztlich nicht zur Tötung kommt, der Tatgeneigte die Folgen für das eigene Leben erwogen hat und mit welchem Gewicht die Straferwartung „le-

⁷⁹ *Walter*, a.a.O., S. 15, 17 m.w.N.

⁸⁰ *Eser*. Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, 1980, S. 180.

⁸¹ Entgegen *Walter*, NStZ, 2014, 368, 371.

⁸² Vgl. zum Aspekt der negativen Generalprävention der lebenslangen Freiheitsstrafe allgemein BVerfGE 45, 187, 255 f.

benslang“ eingeflossen ist. Die fehlende Gewissheit von Abschreckungseffekten ist ein ganz wesentliches Argument gegen die Todesstrafe. Dieses Argument ist aber gegen die lebenslange Freiheitsstrafe nicht im gleichen Maße einsetzbar.

Die Androhung und Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe ist im Sinne einer *positiven Generalprävention* für den Rang von Bedeutung, den das allgemeine Rechtsbewusstsein dem menschlichen Leben beimisst. Gerade sie ist geeignet, im Bewusstsein der Bevölkerung die Erkenntnis zu festigen, dass das menschliche Leben ein besonders wertvolles und unersetzliches Rechtsgut ist.⁸³ In diesem Sinne erfährt – vermittelt durch die Berichterstattung der Medien über Gerichtsverhandlungen und Urteile in den oben beschriebenen Fällen des „Frauenmordes“ – der Geltungsanspruch des Rechts der Frauen auf Schutz von Leib und Leben gegenüber ihren Partnern, Vätern und Brüdern besondere Betonung.

Schließlich dient die lebenslange Freiheitsstrafe der *Sicherung* (negative Spezialprävention). Dieser Aspekt ist gerade in Fällen der Tötung von Frauen durch ihre (früheren) Partner von erheblicher Bedeutung. Denn in der Praxis gibt es nicht selten Fälle, in denen die Täter habituell in jeder ihrer Partnerschaften gewalttätig werden und – oft in Trennungsphasen – auch vor dem Einsatz tödlicher Gewalt nicht zurückschrecken. Die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) bietet hier wegen ihrer hohen formellen Voraussetzungen keine hinreichende Alternative.

Die absolute Strafdrohung stellt einen Beitrag zur Rechtssicherheit und gleichmäßigen Bestrafung der Straftäter dar. Darauf hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hingewiesen und ausgeführt: *„Erfahrungsgemäß weichen die Strafmaße auch bei ähnlichen Voraussetzungen von Gericht zu Gericht nicht unerheblich voneinander ab. Der Richter ist im Allgemeinen milder als der Gesetzgeber und neigt bisweilen dazu, der schwersten Strafe auch in den Fällen möglichst auszuweichen, in denen sie der Gesetzgeber angewandt wissen wollte. Diese Neigung ist umso größer, je höher die gesetzliche Mindeststrafe ist (...). Gerade bei einem so schwer-*

⁸³ Vgl. BVerfGE 45, 187, 256 f.

*wiegenden Verbrechen wie dem Mord ist es ein durch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit gerechtfertigtes Anliegen auf eine möglichst gleichmäßige Strafpraxis hinzuwirken.*⁸⁴

Aus einer Perspektive, die gerade Fälle der Tötung von Partnerinnen unter Verwirklichung der Merkmale der Heimtücke oder der niedrigen Beweggründe im Auge hat, ist die grundsätzliche Beibehaltung der absoluten Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe⁸⁵ zu fordern. Bei Einführung eines Strafrahmens wäre zu erwarten, dass bereits der Umstand der „Beziehungstat“ in vielen Fällen strafmildernd gewürdigt würde. Dies würde zu einer systematischen Bagatellisierung dieser Taten führen.

7. Fazit

Bei der Reform der Tötungsdelikte muss berücksichtigt werden, dass Frauen in hohem Maße als Opfer hiervon betroffen sind:

- Eine Abschaffung des Mordtatbestandes ist nicht zu befürworten; die Abstufung zwischen Mord und Totschlag muss erhalten bleiben.
- Die Mordmerkmale der *Heimtücke* und der *sonstigen niedrigen Beweggründe* liegen bei einer Vielzahl von Tötungsdelikten vor, die von Männern an ihren Partnerinnen oder – im Fall von sog. „Ehrenmorden“ – an ihren Töchtern oder Schwestern begangen werden. Im Regelfall bilden diese Mordmerkmale das höchste verwirklichte Unrecht gut ab; an ihnen sollte grundsätzlich festgehalten werden.
- Allerdings sollte bereits auf Tatbestandsebene durch einschränkende Klarstellung des Merkmals der „Heimtücke“ sichergestellt werden, dass besondere unrechtsmindernde Tatkonstellationen berücksichtigt werden können und z.B. Frauen nicht wegen Mordes bestraft werden, die in einer unerträglichen, subjektiv ausweglosen Gewaltbeziehung gefangen sind und ihren gewalttätigen Partner unter Ausnutzung von dessen Arg- und Wehrlosigkeit umbringen.

⁸⁴ So BVerfGE 45, 187, 260 f. Dem entspricht, dass lebenslange Freiheitsstrafen fast ausschließlich wegen Mordes verhängt werden, obwohl sie auch in anderen schweren Verbrechenstatbeständen angedroht werden, vgl. *Dessecker: Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung*, Wiesbaden 2013, S. 15 f.

⁸⁵ Ggf. mit der Möglichkeit einer Strafmilderung für „minder schwere Fälle“ (entsprechend § 213 StGB).

- Die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafe sollte grundsätzlich beibehalten werden; die Eröffnung der Möglichkeit einer Strafmilderung für „minder schwere Fälle“ (entsprechend § 213 StGB) erscheint allerdings diskutabel.
- Der besonderen Situation der Täterinnen in Fällen der Kindstötung muss durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung Rechnung getragen werden.

Der Vorwurf, der Mordtatbestand sei Ausfluss nationalsozialistischer Gedankengutes⁸⁶, verstellt den Blick darauf, dass er im Zuge seiner jahrzehntelangen Anwendung durch die Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland einen „Läuterungsprozess“ durchlaufen hat.⁸⁷ Mehr als 60 Jahre Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts haben zu einer „dekontaminierten“, rechtsstaatlichen Auslegung des Mordtatbestandes geführt. Dass in § 211 StGB immer noch der „normative Tätertyp“ verankert ist, hat auf die Rechtsanwendung keine Auswirkungen mehr. Es handelt sich um eine Art „juristisches Mahnmal“, das Generationen von Strafrechtslehrern⁸⁸ veranlasst hat, ihren Studenten die fragwürdigen ideologischen Hintergründe aufzuzeigen; es mag redaktionell bereinigt werden. Auch wenn inhaltliche Korrekturen der (vorsätzlichen) Tötungsdelikte – über die im Rahmen dieses Artikels diskutierten hinaus – sinnvoll sein mögen, sollte der Reformeifer nicht so weit gehen, eine völlig neue Systematik der vorsätzlichen Tötungsdelikte zu installieren und der Rechtsprechung damit in diesem vielleicht zentralsten Bereich des Strafrechts gleichsam „den Boden unter den Füßen wegzuziehen“.

⁸⁶ Vgl. *Deckers u.a.*, NStZ, 2014, 9 f.; *Maas*, DRiZ, 2014, 248; *Der Spiegel* 32/2014, 17.

⁸⁷ So auch *Bausback*, DRiZ, 2014, 249.

⁸⁸ So auch bereits diejenigen der Verfasserin.

11. MR Martin Reinhard

Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)

I. Einleitung

Ausgangspunkt eines, wenn nicht gar *des* zentralen Kritikpunkts an der derzeitigen Ausgestaltung des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) ist die Verknüpfung eines exklusiv verstandenen Katalogs von Tatbestandsmerkmalen mit der absoluten Strafdrohung lebenslanger Freiheitsstrafe ("Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus")¹. Nach der gesetzlichen Konzeption wird, wenn auch nur ein Mordmerkmal vorliegt, zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht. Die allgemeine Strafzumessungsregel des § 46 StGB findet keine Anwendung. Damit werden in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt durchaus unterschiedliche Fälle vorsätzlicher Tötung gleichbehandelt, soweit nur die Schwelle zum Mord überschritten wird.

Das Fehlen einer Schuldindividualisierung, das in der Natur einer absoluten Rechtsfolge liegt, wird immerhin durch die Regelung zur Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57a StGB) abgemildert. Hiernach ist die Aussetzung namentlich davon abhängig, ob die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebietet. Für die Bemessung der besonderen Schuldschwere gelten dabei die gleichen Regeln wie für die Bemessung der Strafzumessungsschuld im Sinne des § 46 StGB². Die hiernach - in freilich eingeschränktem Umfang - erfolgende Abstufung und Individualisierung der Tatschuld wird allerdings zeitlich insofern nach hinten verlagert, als sich zwar das Tatgericht mit der besonderen Schuldschwere zu befassen hat, ihre Bedeutung aber erst für das Vollstreckungsgericht zum Tragen kommt.

Im internationalen Vergleich steht die deutsche Ausgestaltung des Mordtatbestandes vergleichsweise isoliert da. Während zahlreiche ausländische Regelungen für Fälle höchststrafwürdiger Tötungen bereits auf Tatbestandsseite für Flexibilität Sorge tragen, indem sie beispielsweise die Möglichkeit einer Gesamtabwägung eröffnen³, räumen andere Rechtsordnungen auf der Rechtsfolgenseite die Möglichkeit individueller Strafbemessung ein, na-

¹ Vgl. statt vieler Eser, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 53 f.; Rieß, 53. Deutscher Juristentag 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 74; Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 11; Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 7.

² Vgl. BGH, NStZ 2014, 511; NK-Dünkel, 4. Aufl. 2013, StGB, § 57a Rn. 8; Fünfsinn, GA 1988, 164, 168; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 247; Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2012, S. 158 f.; Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 212. Zur erforderlichen Gesamtwürdigung s. etwa BGH, NStZ 2014, 212.

³ Vgl. Art. 112 StGB Schweiz; Kap. 21 § 2 Abs. 1 StGB Finnland; näher Heine, Brauneck-Ehrengabe, 1999, 315, 334 m.w.N.

mentlich auf der Basis von Strafrahen⁴. Ungeachtet dessen hat das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 211 StGB im Grundsatz gebilligt. Die absolute Androhung einer bestimmten Strafe ist danach allerdings nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offen bleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer schuldangemessenen Strafe zu kommen⁵. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶ hat sich am Beispiel des Mordmerkmals der Heimtücke freilich erwiesen, dass die gesetzliche Ausgestaltung - jedenfalls auf der Basis der etablierten Auslegung - diesen Vorgaben nicht in jedem Einzelfall gerecht wird. Soweit keine Entlastungsfaktoren zur Anwendung gesetzlich vorgesehener Schuldminderungsmöglichkeiten führen, ist danach für Fälle außergewöhnlicher Schuldminderung in Fällen heimtückischer Tötung eine Strafmilderung entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorzunehmen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich für eine zukünftige Reform der Tötungsdelikte die Frage, welche gesetzgeberischen Lösungen auf der Rechtsfolgenseite des Mordtatbestandes in Betracht gezogen werden können, um einem Bedürfnis nach schulddifferenzierter(er) Bestrafung nachzukommen, insbesondere im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben für eine schuldangemessene Bestrafung.

Der dahingehend umrissene Gegenstand der Untersuchung legt dabei die Prämisse zugrunde, dass an dem im Strafgesetzbuch enthaltenen Grundkonzept der Tötungsdelikte weiterhin festgehalten wird. Das gilt vor allem für eine tatbestandsmäßige Abstufung vorsätzlicher Tötungsdelikte und einem kasuistischen Ansatz bei der Formulierung des Mordtatbestandes. Nachfolgende Erwägungen sind daher für einstufige Modelle eines Tatbestands vorsätzlicher Tötungen⁷ nur von begrenztem Interesse (einstufige Modelle setzen zwingend einen weiten Strafrahen voraus); sie vermögen auch eine grundsätzliche Kritik an einer für verfehlt erachteten Ausgestaltung der Tötungsdelikte im derzeitigen Recht nicht aufzunehmen. So wird in der Literatur⁸ nicht ohne Berechtigung darauf hingewiesen, dass bei Rechtsfolgenlösungen zum Mord die Kernfrage, wie sich beim vorsätzlichen Tötungsdelikt Abstufungen im Schweregrad normativ schlüssig und dogmatisch fundiert begründen lassen, unbeantwortet bleibt.

⁴ Heine a.a.O. S. 334 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 116.

⁵ BVerfGE 45, 187, 261; BVerfG, Beschl. v. 07.10.2008 - 2 BvR 578/07, Rn. 29.

⁶ Grundlegend BGH - GrS - St 30, 105; näher dazu s.u.

⁷ Siehe etwa Köhne, ZRP 2007, 165 ff.; ders., ZRP 2014, 21 ff.; Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 ff.

⁸ Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 11 f.

II. Historische Aspekte - Gesetzgebung und Reform

Rechtsfolgenlösungen beim Mord sind nicht erst Gegenstand von Diskussionen in jüngerer Zeit, sondern finden sich bereits im Zusammenhang mit früheren Regelungen und Regelungsüberlegungen. Diese sollen zunächst nachgezeichnet werden.

1. Strafrechtsänderungsgesetze von 1941 und 1953

Insoweit ist zunächst von Interesse, dass bereits eine frühere Regelung des Mordtatbestandes im Strafgesetzbuch eine gewisse Flexibilität auf Rechtsfolgenseite vorsah. Mit dem „Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs“ (RGBl I S. 549) wurde am 4. September 1941 der Mordparagraf, § 211 StGB, in seiner im Wesentlichen bis heute bestehenden Gestalt eingeführt. Er lautete wie folgt:

(1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

(3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

Ein markanter Unterschied zu der heutigen Regelung ist - neben der Strafandrohung in Absatz 1 - die Regelung für Ausnahmefälle in Absatz 3. Welche Gründe für diese Ausnahmeklausel leitend waren, lässt sich heute nicht mehr mit letzter Sicherheit sagen. Eher unwahrscheinlich ist, dass die Gesetzesverfasser des Jahres 1941 mit der Ausnahmenvorschrift politische Ziele verfolgten. Nach Äußerungen aus dem damaligen Reichsjustizministerium sollte die Anwendung der Bestimmung bei Sachverhalten in Betracht kommen, in denen Beziehungen über die Reichsgrenzen hinweg eine Rolle spielten und Erwägungen der Gleichmäßigkeit und Gegenseitigkeit berührt waren⁹. Nach der Begründung zum StGB-Entwurf von

⁹ Siehe Jähnke, FS Spindel, 1992, S. 537, 540 f., der allerdings an der Authentizität dieser Äußerungen zweifelt.

Dezember 1936, welcher bereits wörtlich ganz weitgehend den späteren § 211 StGB enthielt, sollte Absatz 3 hingegen eine Strafmilderung in den besonderen Ausnahmefällen ermöglichen, "in denen das Gesamtbild der Tat und die Persönlichkeit des Täters aus gleichviel welchen Gründen - der Entwurf verzichtet mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit des Lebens von vornherein auf ihre auch nur rahmenmäßige Andeutung - die Todesstrafe unangemessen erscheinen lässt"¹⁰.

Diese Aussage muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die beiden vorangegangenen Entwürfe¹¹ der amtlichen Strafrechtskommission für den Mordtatbestand jeweils die Regelbeispielstechnik ("in der Regel") verwendeten, diese Gestaltung im Kommissionsentwurf von Dezember 1936 jedoch aufgegeben wurde und der neu angefügte Absatz 3 hierzu einen Ausgleich schaffen sollte¹².

Die Justizpraxis nach 1945 hat § 211 Abs. 3 StGB jedenfalls als eine normale Strafzumessungsregel verstanden, die die Berücksichtigung aller Umstände in der Tat und in der Person des Täters gebot¹³. Nachdem das Grundgesetz die in § 211 Abs. 1 StGB angedrohte Todesstrafe abgeschafft hatte (Art. 102 GG), ersetzten die Gerichte diese zunächst im Wege der Lückenfüllung durch die lebenslange Zuchthausstrafe¹⁴. Erst mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 (BGBl I S. 735) wurde der Gesetzgeber tätig, indem er in Absatz 1 die Todesstrafe durch die lebenslange Zuchthausstrafe ersetzte und den damit scheinbar obsoleten Absatz 3 strich. Zur Begründung findet sich in der Gesetzesbegründung lediglich der Hinweis darauf, dass hierdurch das Strafgesetzbuch an die Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG angepasst wird¹⁵.

Mit dem gesetzgeberischen Rückgriff auf die nächststrengere, bereits in § 211 Abs. 3 StGB von 1941 enthaltene und ebenfalls absolute Strafdrohung lag der Wegfall der bisherigen Ausnahmeregelung auf den ersten Blick nahe. Dadurch wurde jedoch eine gewisse Flexibilität in der Sanktionsfolge aufgegeben; eine Berücksichtigung außergewöhnlicher Fallgestaltungen des Mordes im Strafmaß war nun nicht mehr möglich. Dies gilt umso mehr, als die obergerichtliche Rechtsprechung die Mordmerkmale - möglicherweise im Gegensatz zu den

¹⁰ Jähnke a.a.O. unter Verweis auf die Begründung zu § 406 StGB-Entwurf von 1936 bei: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abt. Bd. 1, 2. Teil S. 246. In diesem Sinne auch Schmidt-Leichner, DR 1941, 2145, 2148 für das Gesetz von 1941; interessant ist auch, dass Schmidt-Leichner, Landgerichtsrat im Reichsjustizministerium, in diesem Zusammenhang davon spricht, dass das Abgehen von der absoluten Todesstrafe für den Mord einer "alten Forderung" entspreche.

¹¹ § 274 E 1934 und § 413 E Februar 1936, s. dazu näher Hinz, SchIHA 2015, 47, 51 f.

¹² Näher Hinz, SchIHA 2015, 47, 53 m.w.N.

¹³ Jähnke a.a.O. unter Verweis auf OGHSt 1, 133, 137; OLG Frankfurt/M, SJZ 1947, 621, 631; OLG Braunschweig, MDR 1948, 182, 184.

¹⁴ Jähnke a.a.O. unter Verweis auf OGHSt 2, 1, 4; OLG Bremen, JR 1949, 512; OLG Koblenz, DRZ 1949, 309.

¹⁵ BT-Drs. I/3713, S. 20.

Verfassern des Gesetzes von 1941¹⁶ - als abschließend betrachtete und eine zusätzliche Gesamtwürdigung unter Verwerflichkeitsgesichtspunkten ablehnte¹⁷.

2. Reformüberlegungen bis 1969

Im Rahmen der Beratungen der im Frühjahr 1954 von dem damaligen Justizminister Neumayer eingesetzten Großen Strafrechtskommission wurde auch die Neufassung der Tötungsdelikte im Jahr 1958 intensiv erörtert. Im Fokus stand allerdings weniger die Ausgestaltung der Rechtsfolge beim Mord als vielmehr die Frage, wie eine neue Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag aussehen könnte, namentlich ob diese auf der Basis einer Generalklausel, einer kasuistischen Regelung oder einer Kombination von beiden und aufgrund welcher Maßstäbe sie erfolgen sollte. In dem hiesigen Zusammenhang von Interesse ist immerhin, dass die Vorschläge der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums einen Sondertatbestand der "Tötung aus achtenswertem Beweggrund" (§ 317) vorsahen, der in Fällen besonderer Motivationslagen auch für bestimmte Fälle des Mordes zu einer milderen Bestrafung führen sollte¹⁸. Dabei handelte es sich letztlich um Fälle einer Typenkorrektur im Gewand eines Privilegierungstatbestands. Auf diese Weise sollte auch vermieden werden, dass im Bereich des Mordes mit unbenannten minder schweren Fällen oder besonders leichten Fällen gearbeitet wird, was man von Seiten des Bundesjustizministeriums "aus rechtsstaatlichen Gründen nicht für tragbar" hielt¹⁹. Auf der Ebene des Tatbestands anzusiedeln ist auch eine in den Beratungen erhobene Forderung von Jescheck, dass eine "Korrekturmöglichkeit für die mildere Beurteilung atypischer Fälle unerlässlich" sei²⁰. Bundesanwalt Fränkel brachte - allerdings ohne feststellbare Resonanz - den Gedanken eines einheitlichen Tötungstatbe-

¹⁶ Vgl. Freisler, DJ 1941, S. 929, 935. Instrukтив hierzu Hinz, SchIHA 2015, 47, 53 ff. Siehe auch Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 43; Frommel, JZ 1980, 559, 562 f.; Jescheck, JZ 1957, 385, 387. Tatsache ist jedenfalls, dass bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes Uneinigkeit darüber herrschte, ob – wie Dahm (DR 1942, 401, 404) es ausdrückte – zusätzlich zu der Feststellung der Merkmale des § 211 Abs. 2 StGB die Überzeugung des Richters nötig sei, dass der Angeklagte Mörder ist; s. die zahlreichen Nachweise pro und contra aus Schrifttum und Rechtsprechung bei Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 19 mit Fn. 7.

¹⁷ Vgl. BGH - GrS - St 9, 285, 289 unter Verweis auf die Auslegung, "die das Reichsgericht, der Oberste Gerichtshof und sämtliche Senate des BGH dem § 211 StGB gegeben haben". Zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung s. RGSt 76, 297, 299, zum Obersten Gerichtshof s. OGHSt 1, 74, 77; zum BGH etwa BGH, NJW 1951, 204.

¹⁸ Die Privilegierung setzte an eine Tötungshandlung an, bei der der Täter aus einem "an sich achtenswertem Beweggrund, der seine Schuld wesentlich mindert", handelt und hierbei bestimmte "relative" Mordmerkmale verwirklichte. Siehe zum Ganzen Anlage Nr. 3 der Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission [Niederschriften], 7. Band, Besonderer Teil, 1959, S. 330 (Umdruck J 68). Die Anknüpfung einer Ausnahmeregelung für Fälle des Mordes bei Vorliegen menschlich verständlicher "an sich achtenswertem Beweggründe" findet sich bereits bei Schmidt-Leichner, DR 1941, S. 2145, 2148 zur Erläuterung der Reichweite des § 211 Absatz 3 StGB 1941. Der Begriff des "achtenswertem" Grundes taucht auch später im Arbeitsentwurf der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes von 2000 im Rahmen der empfohlenen tatbestandlichen Eingrenzung der Heimtücke bei Mord wieder auf: "Wer (...) heimtückisch, es sei denn, er handelt aus ausnahmsweise achtenswertem Gründen, einen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft." Das Merkmal der "achtenswertem Beweggründe" findet i.Ü. Verwendung in Art. 114 [Tötung auf Verlangen] des Schweizer Strafgesetzbuchs.

¹⁹ So Ministerialrat Dr. Schwalm, Niederschriften, 7. Band, S. 28.

²⁰ Jescheck, Niederschriften, 7. Band, S. 31.

stands mit Ausnahmemöglichkeit nach folgendem Muster ein (der hier wegen seiner Strafmilderungsregelung in Satz 2 Interesse verdient):

"Wer einen anderen vorsätzlich tötet, wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft. Erscheint die Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsentziehung nach den Umständen, insbesondere nach den achtenswerten (oder ähnlich zu bezeichnenden) Gründen für ein geläutertes Rechtsempfinden unerträglich, so darf der Richter zeitiges Zuchthaus verhängen."

Wie bekannt ist, mündeten die Überlegungen der Großen Strafrechtskommission in den Entwurf von 1962, der jedoch nicht Gesetz geworden ist.

Die Reformbemühungen erhielten neuen Aufschwung durch den in den Jahren 1966 bis 1969 mit Unterstützung des Bundesjustizministeriums arbeitenden "Sonderausschuss des Bundestages für die Strafrechtsreform", dem Abgeordnete aller Parteien angehörten. Im vorliegenden Kontext von Bedeutung ist die ablehnende Haltung zur Einführung einer (generellen) Strafmilderungsklausel im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs. Ausgangspunkt war ein Schreiben der Justizbehörde Hamburg vom 26. April 1968 an die Justizministerkonferenz, in der jene angeregt hatte, eine Vorschrift über eine allgemeine Strafmilderung zu diskutieren und dem Ausschuss zur Aufnahme in das Gesetz vorzuschlagen. Diese Milderungsvorschrift sollte nach den Hamburger Vorstellungen wie folgt lauten:

"Liegt ein besonders zu beurteilender Ausnahmefall vor, der selbst mit dem vom Gesetz vorgesehenen Mindeststrafmaß nicht sachgerecht geahndet werden kann, so darf der Richter den gesetzlichen Strafraum unterschreiten, wenn es aus Gründen der Gerechtigkeit geboten ist."

Hamburg hatte seinerzeit darauf hingewiesen, dass immer wieder Fälle vorkämen, die besonders gelagert seien und für die deswegen die gesetzliche Strafuntergrenze bestimmter Tatbestände zu hoch sei. In ihrer Besprechung in Würzburg (Mai 1968) hatten die Justizminister das Thema nicht selbst diskutiert, sondern lediglich das Bundesjustizministerium gebeten, sich den Hamburger Vorschlag zu überlegen und ihn in der Sitzung des Strafrechtsausschusses zur Sprache zu bringen. Im Rahmen der 115. Sitzung am 8. Oktober 1968 wurde das Thema dort behandelt. Horstkotte (BMJ) hielt das Anliegen zwar für nachvollziehbar. Gleichwohl könne sich das Bundesjustizministerium nicht entschließen, sich den Hamburger Vorschlag zu Eigen zu machen. Nach seiner Meinung gehe eine solche Vorschrift zu weit.

Sie würde bedeuten, dass sämtliche Strafuntergrenzen relativiert würden und die Strafan drohung, etwa für Mord, immer unter dem Vorbehalt der Vorschrift über einen besonders zu beurteilenden Ausnahmefall stehe. Gerade der Mord sei das eigentliche Problem. Hier sei das Bundesjustizministerium aber der Meinung, es sei Aufgabe der Gnadeninstanz, nicht dagegen des Richters, solche Spannungen zu vermeiden²¹. Dreher (BMJ) äußerte ebenfalls starke Bedenken. An die Stelle einer gesetzlichen Strafbemessung trete in vollem Umfang die richterliche Strafzumessung und der Richter könne sich auf den Standpunkt stellen, der Gesetzgeber habe den Strafrahen falsch bemessen. Darauf laufe die Formulierung "der selbst mit dem vom Gesetz vorgesehenen Mindestmaß nicht sachgerecht gehandelt werden kann" hinaus²². Der Vorsitzende des Sonderausschusses, der Abgeordnete Güde, warnte ebenfalls vor einem solchen "Notventil". Es bestehe die Gefahr, dass nicht nur außergewöhnliche Fälle dieser Regelung unterstellt würden, sondern auch Fälle, in denen der Richter unabhängig von außergewöhnlichen Umständen einen Sachverhalt anders bewerten wolle als der Gesetzgeber. Damit würde das ganze Strafrahmensystem ins Wanken geraten. Beim Mord würde sich die Möglichkeit, die absolute Strafan drohung mit derartigen Begründungen zu unterlaufen, geradezu verheerend auswirken. Die Ausnahmevorschläge seien auch gar nicht nötig, weil die vom Ausschuss zur Strafaussetzung sowie zum Absehen von Strafe gefassten Beschlüsse die Möglichkeit eröffneten, die Spannungen, die bisher beständen, in Zukunft weitgehend zu beheben²³. Der Gedanke einer allgemeinen Milderungsvorschrift wurde schließlich nicht weiterverfolgt.

3. Überlegungen in der Folgezeit

In der Folgezeit bestimmten vor allem Regelbeispiellösungen die Debatte um die Reform der Tötungsdelikte. Die hierin auf Strafzumessungsebene liegende Flexibilität sollte die Abkehr von dem bestehenden und vielfach kritisierten Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus in Fällen des Mordes ermöglichen. So schlug Eser in seinem Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag 1980 einen Einheitstatbestand mit Regelbeispielen vor, bei dem die Mord(regel)merkmale auf eine besonders gefährliche TäterEinstellung gegenüber Leib und Leben ausgerichtet waren; daneben sollte in § 212 StGB eine ebenfalls an Regelbeispielen orientierte Privilegierung treten²⁴. Auch die Abteilung Strafrecht des Deutschen Juristentags sprach sich mehrheitlich dafür aus, die Erschwerungsgründe in Fällen vorsätzlicher Tötung

²¹ Beratungen in der 115. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S. 2243 f.

²² Beratungen in der 115. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S. 2244.

²³ Beratungen in der 115. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S. 2244 f.

²⁴ Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 141 ff. 200 f.

als "besonders schwere Fälle" unter Verwendung der Regelbeispielstechnik auszugestalten²⁵. An diese Überlegungen und Empfehlungen knüpfte später auch der Regelungsvorschlag des Alternativ-Entwurfs Leben von 2008 an. Die Mordmerkmale ähneln hier Regelbeispielen mit den Besonderheiten, dass sie immer an dem Leitprinzip der „Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ zu messen sind und lebenslange Freiheitsstrafe nicht verhängt werden darf, wenn ein benanntes Regelbeispiel nicht erfüllt ist²⁶.

Demgegenüber gingen die Überlegungen im Bundesjustizministerium ab 2000 - die mehrfach zurückgestellte Reform der Tötungsdelikte aufgreifend - in eine andere Richtung²⁷, die man weitgehend als Bewahrung der geltenden Rechtslage mit einem Notventil auf der Rechtsfolgenseite des Mordes beschreiben kann. Ein erster Arbeitsentwurf mit Stand Februar 2000 hatte insoweit für eine Neufassung des Mordtatbestandes folgenden Regelungsentwurf vorgesehen²⁸:

„§ 213 - Mord

(1) Wer einen anderen Menschen

1. aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
2. heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder
3. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Liegen in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 oder 3 besondere Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen.“

In einem weiteren bekannt gewordenen Arbeitsentwurf vom 21. März 2001 erhielt der Mordtatbestand, vermutlich unter dem Eindruck des vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen und zwischenzeitlich erstatteten Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes²⁹, folgende Fassung³⁰:

²⁵ Sitzungsberichte zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, M 164.

²⁶ Vgl. Heine et. al., GA 2008, 193, 198 ff.

²⁷ Vgl. für die Haltung des Bundesregierung in der Zeit davor aber auch BT-Drs. 13/4830, S. 7 f.; 13/8587, S. 78.

²⁸ Siehe die Darstellung im Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zum Thema „Reform der Tötungsdelikte“ von 2000, S. 91 f.

²⁹ Der Deutsche Richterbund hatte im Anschluss an seine Sitzung vom 24.07. bis 29.07.2000 folgenden Tatbestand des Mordes vorgeschlagen (s. Gutachten, S. 107 f.):

"Wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat oder sonst aus niedrigen Beweggründen, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln, heimtückisch, es sei denn, er handelt aus ausnahmsweise achtenswerten Gründen, einen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft."

„§ 213 - Mord

(1) Wer einen anderen Menschen

1. aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
2. heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder
3. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Liegen bei einer heimtückischen Tötung besondere Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen.“

Auf gleicher Linie liegen die Ausführungen eines Vertreters des Bundesjustizministeriums auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009. Die Überlegungen des Bundesministeriums der Justiz gingen im Hinblick auf eine mögliche Reform oder Neuordnung der Tötungsdelikte eher in die Richtung einer pragmatischen „kleinen Lösung“. Vorrangig zu berücksichtigen sei hierbei (u.a.) die Einführung eines besonderen Strafmilderungsgrunds bei heimtückischer Tötung, der eine zeitige Freiheitsstrafe zulasse³¹.

III. "Rechtsfolgenlösung" von BGH - GrS - St 30, 105

Überlegungen zu einer gesetzgeberischen Rechtsfolgenlösung beim Mord wären ohne eine Rezeption der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 19. Mai 1981 (BGH - GrS - St 30, 105) unvollständig. Der Boden hierfür wurde jedoch schon früher bereitet:

1. Vorangegangene Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

Die Auseinandersetzung um eine der Tatschuld angemessene Ahndung solcher Tötungen, die unter den Merkmalskatalog des § 211 Abs. 2 StGB fielen, kam bereits Mitte der 1950er Jahre auf und führte zu zwei Grundsatzentscheidungen des Großen Senats für Strafsachen, die beide das Mordmerkmal der Heimtücke betrafen. In seinem ersten Beschluss vom 22. September 1956 (BGH - GrS - St 9, 385) betonte der Große Senat, dass es ein entschei-

³⁰ Siehe die Darstellung bei Otto, Jura 2003, 612, 621 f., mit überzogener Kritik.

³¹ So der damalige Parlamentarische Staatssekretär im BMJ Diwell, in: Jahn/Nack [Hrsg.], Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009, S. 13.

dendes Anliegen des Gesetzgebers gewesen sei, klare und fest umrissene Tatbestände an die Hand zu geben; § 211 Abs. 2 StGB umschreibe daher zwingende und abschließende Mordmerkmale, weil vage und fließende Unterscheidungskriterien hätten vermieden werden sollen. Er erteilte damit der seinerzeit im Schrifttum überwiegenden Auffassung, zu den Mordmerkmalen müsse noch ein besonders verwerfliches Handeln hinzutreten, eine deutliche Absage. Seine Auffassung bekräftigte der Große Senat dann im Dezember 1957 nochmals (BGH - GrS - St 11, 139): Wenn eines der Merkmale des § 211 Abs. 2 StGB erfüllt sei, dann prüfe der Richter nicht, ob die Tat ihrem Gesamtbilde nach besonders verwerflich sei; andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Rechtsprechung in Mordsachen zu unsicher und ungleichmäßig werde. Ein derart vieldeutiger und wertausfüllungsbedürftiger Begriff sei für den Richter kein brauchbares Kriterium, anhand dessen er den Mord vom Totschlag unterscheiden könne³².

Mit dieser Absage an Lösungen auf Tatbestandsebene (Typenkorrekturen, besondere Verwerflichkeit der Tötung etc.) blieb das Tor für eine flexible Handhabung des Mordtatbestandes verschlossen. Die Strafgerichte waren damit gehalten, im Wege der Auslegung der einzelnen Mordmerkmale und der Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils zu einer im Einzelfall schuldangemessenen Bestrafung zu gelangen. In der Folgezeit wurden weder die Interpretation des § 211 StGB noch dessen Strafe grundsätzlich infrage gestellt³³.

2. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 45, 187

Neuen Wind in die Diskussion brachte das epochale Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juni 1977 zur lebenslangen Freiheitsstrafe. In dieser Entscheidung bestätigt das Bundesverfassungsgericht im Grundsatz die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Sanktion für schwerste Tötungsdelikte (konkret standen die Mordmerkmale der Tötung aus Heimtücke und zur Verdeckung einer Straftat inmitten). Allerdings müsse dem Richter bei der Ahndung der konkreten Tat die Möglichkeit offen bleiben, zu einer mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbaren Strafe zu gelangen. Insoweit kommt das Bundesverfassungsgericht zu folgenden, in vorliegendem Zusammenhang bedeutsamen Aussagen³⁴:

"In der Rechtswirklichkeit ist die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe in den Fällen des § 211 Abs. 2 StGB weniger absolut, als es auf den ersten Blick den An-

³² Siehe die Darstellung bei Reichenbach, Jura 2009, 176, 177.

³³ Reichenbach, Jura 2009, 176, 177.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Rn. 229, 231, 243 u. 246, BVerfGE 45, 187 (Hervorhebungen nicht im Original)

schein hat. Der Gesetzgeber hat zunächst schon durch **allgemeine strafrechtliche Vorschriften Möglichkeiten eröffnet, besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat Rechnung zu tragen**. Zu nennen sind hier die §§ 20 und 21 StGB, die eine Bestrafung bei Schuldunfähigkeit ausschließen und eine mildere Bestrafung bei verminderter Schuldfähigkeit vorsehen; ferner die in § 23 Abs. 2 in Verbindung mit § 49 StGB vorgesehene Strafmilderung bei versuchtem Mord und gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB für den Gehilfen sowie schließlich die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes, insbesondere § 106 Abs. 1 JGG. (...) Die Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" sind in der Rechtsprechung schon bislang **einschränkend ausgelegt** worden. (...) Die Anwendung der so interpretierten Norm des § 211 StGB mag zwar **in einzelnen Grenzfällen immer noch zu unverhältnismäßigen Härten** führen. Der Senat ist allerdings der Meinung, dass dies für die im Vorlagebeschluss festgestellte Tötungshandlung nicht zutrifft. Es mögen aber **immerhin noch Fälle erfasst werden, denen nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen lässt**. (...) Indessen ist eine solche Auslegung des § 211 StGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale nicht zwingend. Wortlaut und Sinngesamt dieser Bestimmung lassen eine **noch engere Auslegung** zu, die sicherstellt, dass auch in solchen Grenzfällen keine unverhältnismäßig hohe Strafe verhängt werden muss. (...) Welcher Weg dabei im Einzelnen zu beschreiten ist, ist eine Frage der einfachen Gesetzesauslegung und obliegt daher den zuständigen Strafgerichten. Ob die Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken" weiter einengend dahin auszulegen sind, dass bei dem ersteren ein verwerflicher Vertrauensbruch verlangt und bei dem letzteren Verdeckungsabsicht nur dann angenommen wird, wenn die Mordtat im Voraus geplant ist, oder ob das generell umschriebene Merkmal "besondere Verwerflichkeit der Tat" wieder eingeführt oder gar eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafandrohung entsprechende Interpretation gefunden wird, darüber zu entscheiden, ist **Aufgabe des für die Auslegung der Strafnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs**. Bei einer derartigen Auslegung, die mit dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB vereinbar ist und der Vorschrift einen vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden Sinn belässt, ist die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung zu bejahen."

Wie der Bundesgerichtshof diese Maßgaben umzusetzen gedachte, deutete erstmals ein Beschluss des 4. Strafsenats vom 13. Juli 1978 an. Der Senat betonte zunächst, dass das

Bundesverfassungsgericht die bisherige Auslegung des § 211 StGB nur für Grenzfälle in Zweifel gezogen habe, denen das Merkmal besonderer Verwerflichkeit nicht anhafte, die allein die lebenslange Freiheitsstrafe als verhältnismäßig erscheinen lasse. Es spreche nach wie vor vieles dafür, an dem durch die Entscheidungen des Großen Senats in den 1950er Jahren geprägten Verständnis des Mordtatbestandes weiterhin festzuhalten. Allerdings zeigt der Bundesgerichtshof bereits zu diesem Zeitpunkt den für vorzugswürdig erachteten Weg zu einer im Einzelfall schuldangemessenen Strafe auf³⁵:

"Im Hinblick auf das rechtspolitische Anliegen (vgl. BGHSt 9, 385, 389) spricht vieles dafür, am bisherigen Verständnis des Mordtatbestandes festzuhalten und in diesen wenigen Ausnahmefällen - wenn überhaupt - allein die absolute Strafdrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe in Frage zu stellen, nicht aber die Verwirklichung des Tatbestands des § 211 Abs. 2 StGB zu verneinen."

3. Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 19. Mai 1981

Hieran knüpfte der Große Senat für Strafsachen in seinem Beschluss vom 19. Mai 1981 – wiederum zum Mord aus Heimtücke – an. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Senats verwarf er (erneut) tatbestandliche Eingrenzungen, namentlich eine abweichende Bestimmung des Merkmals der Heimtücke und die sonstigen, vom Schrifttum entwickelten Einschränkungen zum Tatbestand des § 211 StGB (Lehre von der Typenkorrektur, Forderung nach einer besonderen Verwerflichkeit der Tat). Zugleich erkannte er aber, dass die hierdurch bedingte Starrheit des Tatbestandes gerade auch vor dem Hintergrund der durch das Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Grenzen für „Grenzfälle“ der Heimtücke zu einer Flexibilität an anderer Stelle drängte und wandte sich nunmehr einer Rechtsfolgenlösung zu, indem er die angedrohte Strafe ergänzte: Wenn unter Zugrundelegung der bisherigen Interpretation der Mordmerkmale unverhältnismäßige Härten in Grenzfällen gleichwohl nicht ausgeschlossen werden könnten, weil eine heimtückische Begehungsweise mit besonderen Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar die Voraussetzungen eines vertypen Strafmilderungsgrundes nicht erfüllen, in denen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleichwohl unvereinbar ist, dann gebiete eine verfassungskonforme Rechtsanwendung die Ersetzung der absoluten Strafe für Mord durch einen entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu mildernden Strafraumen, der dem Richter die

³⁵ BGHSt 28, 77, 79 f.

Möglichkeit lasse, derartige besondere Umstände bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Zur näheren Bestimmung der fraglichen Grenzfälle führt der Große Senat wie folgt aus³⁶:

„Die absolute Strafdrohung für Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) schließt Zumessungserwägungen aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafraumen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer mildereren Strafdrohung führen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erscheint (...). Allerdings kann **nicht jeder Entlastungsfaktor**, der **nach § 213 StGB** zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, genügen (...). § 213 StGB ist dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet. Deshalb und weil nach dieser Vorschrift eine Privilegierung verhältnismäßig leicht zu erreichen ist (...), kann ihr nicht der passende Maßstab entnommen werden. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den **Charakter außergewöhnlicher Umstände** haben, so verringert werden, dass jener **"Grenzfall"** eintritt, **in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre**. Eine **abschließende Definition oder Aufzählung** der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände ist **nicht möglich**. Durch eine **notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation** motivierte, **in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn"** (...) **auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben**. (...) Die Anwendung eines generalklauselartigen Kriteriums innerhalb dieser Strafraumen- und Strafzumessungslösung ist im Hinblick auf entsprechende gesetzliche Regelungen auch im Bereich der Tötungsdelikte (§ 212 Abs. 2 StGB; zweite Alternative des § 213

³⁶ BGH, Beschl. v. 19.05.1981, GSSt 1/81, Rn. 29, 30 u. 34, BGH – GrS – St 30, 105 (Hervorhebungen nicht im Original).

StGB) unbedenklich. Sie ermöglicht in allen in Betracht kommenden Heimtückefällen die Verhängung der schuldangemessenen Strafe."

In der Sache ergänzt der Große Senat damit den Mordtatbestand um eine Strafmilderung entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB für Fälle heimtückischer Tötung, in denen außergewöhnliche, erheblich schuld mindernde Umstände die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen. In den Worten von Schneider³⁷: „Bei Lichte betrachtet reaktiviert der BGH ... eine Differenzierung, wie sie seinerzeit der Vorschrift des § 211 Abs. 3 StGB zu Grunde lag.“

4. Folgerechtsprechung

In der Folgezeit hat der Bundesgerichtshof das Vorliegen derartiger Ausnahmefälle in Fällen der Heimtücke nur ganz vereinzelt bejaht³⁸ bzw. im konkreten Fall jedenfalls für nicht fernliegend gehalten³⁹. Er war in erster Linie damit beschäftigt, einer (zu) großzügigen Annahme entsprechender Grenzfälle durch die Instanzgerichte entgegenzutreten und diese an die Prüfung vorrangig zu untersuchender Straf- und Schuld minderungsgründe, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu erinnern⁴⁰. Gerade auch die konsequente Betonung der Subsidiarität der sog. Rechtsfolgenlösung durch den Bundesgerichtshof hat bewirkt, dass der Schwerpunkt der Prüfung beim Mord stets auf der Tatbestandsseite verblieben ist. Selbst in einem Fall, in dem von der Fallgestaltung her, die Annahme der Strafmilderung entsprechend den Grundsätzen des Großen Senats nahegelegen hätte, hat der Bundesgerichtshof eine Lösung auf Tatbestandsseite gesucht⁴¹. Auch weitere Fälle legen nahe, dass die Rechtsprechung andere Wege sucht und findet, eine unangemessen erscheinende Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Heimtückemordes zu vermeiden⁴². Aus jüngerer Zeit erweckt etwa eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 2012 einen derartigen Eindruck⁴³: Hier hatte das Landgericht den Angeklagten wegen Heimtückemordes verurteilt, ohne die Strafe zu mildern. Der 2. Strafsenat, der bereits die erste Verurteilung des Ange-

³⁷ In: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 40.

³⁸ BGH, Urt. v. 16.05.1990, 2 StR 143/90, NStZ 1990, 490; BGH, Urt. v. 19.01.1995, 4 StR 589/94, NStZ 1995, 231 / BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 3.

³⁹ BGH, Urt. v. 02.09.1981, 3 StR 35/81, NStZ 1982, 69.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 26.08.1982, 4 StR 357/82, NJW 1983, 54; BGH, Urt. v. 02.08.1983, 1 StR 453/83, NStZ 1983, 553; BGH, Beschl. v. 2.8.1983, 5 StR 503/83, NStZ 1984, 20 (Haustyrann); BGH, Urt. v. 22.09.1983 - 4 StR 369/83, NStZ 1984, 20; BGH, Urt. v. 25.03.2003, 1 StR 483/02, BGHSt 48, 255 (Haustyrann); BGH, Urt. v. 01.07.2004, 3 StR 107/04; BGH, Urt. v. 23.11.2004, 1 StR 331/04, NStZ 2005, 154; BGH, Urt. v. 10.05.2005, 1 StR 30/05; BGH, Urt. v. 01.12.2005, 3 StR 243/05, NStZ-RR 2006, 200.

⁴¹ Siehe BGHSt 48, 207 (Erpresser-Fall); zur naheliegenden Annahme einer Rechtsfolgenlösung in diesem Fall MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 161.

⁴² Zu „Vermeidungsstrategien“ in der Rechtsprechung siehe MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 24, 30 ff.

⁴³ BGH, Beschl. v. 07.08.2012, 2 StR 218/12.

klagen wegen Mordes aufgehoben hatte, deutet gegenüber dem Landgericht an, dass es angesichts des Sachverhalts nicht sein könne, dass keine verminderte Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB vorliege, obwohl das Landgericht sachverständig beraten zu diesem Ergebnis gekommen war. Er bemerkt abschließend wie folgt⁴⁴:

„Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht bei vollständiger Berücksichtigung und hinreichender Gewichtung der erheblichen Umstände zur Annahme einer affektbedingten erheblich verminderten Schuldfähigkeit gekommen wäre. Dies zieht die Aufhebung des Urteils auch im Schuldspruch nach sich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Schwurgericht bei rechtsfehlerfreier Prüfung der Voraussetzungen einer verminderten Schuldfähigkeit nicht zu einer Verurteilung wegen (Heimtücke-)Mordes gekommen wäre.“

Warum das Vorliegen verminderter Schuldfähigkeit einen (Heimtücke-)Mord ausschließen sollte, erläutert der Bundesgerichtshof nicht.

Zu der geringen praktischen Relevanz der Rechtsfolgenlösung hat auch beigetragen, dass der Bundesgerichtshof eine Übertragung der für die Heimtücke anerkannten Grundsätze auf andere Mordmerkmale bislang stets abgelehnt⁴⁵ oder zumindest offen gelassen hat⁴⁶.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die Annahme der Rechtsfolgenlösung an enge Voraussetzungen bindet. Die Rechtsfolgenlösung hat von vornherein nur absolute Ausnahmefälle im Auge und beschränkt sich allein darauf, die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Grenzen der lebenslangen Freiheitsstrafe einzuhalten und dafür Kriterien zu definieren⁴⁷. Die praktische Bedeutung ist damit trotz einiger tatrichterlicher Versuche zur Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs gering geblieben⁴⁸. Bei Durchsicht der höchstrichterlichen Rechtsprechungspraxis zum Mord vermeint man fast - möglicherweise ob ihrer fehlenden positiv-rechtlichen Fundierung - eine richterliche Scheu vor Anwendung der Rechtsfolgenlösung feststellen zu können.

⁴⁴ BGH a.a.O. Rn. 13 f.

⁴⁵ So für die Habgier BGH, Urt. v. 15.11.1996, 3 StR 79/96, Rn. 24 (BGHSt 42, 301).

⁴⁶ So für die Verdeckungsabsicht BGH, Urt. v. 02.12.1987, 2 StR 559/87 (BGHSt 35, 116, 127 f.); für die niedrigen Beweggründe BGH, Urt. v. 21.02.2002, 1 StR 538/01, Rn. 39 (StV 2002, 598, 599).

⁴⁷ Reichenbach, Jura 2009, 176, 181.

⁴⁸ Vgl. Kreuzer, FS Schöch, 2010, 495, 498 („Schattendasein“); MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 277, der auch keinen praktischen Bedarf für eine weitergehende Anwendung sieht, „denn Mordtaten, die ausnahmsweise keine lebenslange Freiheitsstrafe verdienen, sind entgegen anderslautender Stellungnahmen aus Theoretikerkreisen durchaus rar gesät“. Siehe ferner auch Reichenbach, Jura 2009, 176, 180, nach dem der Umstand der geringen praktischen Relevanz der Rechtsfolgenlösung für die weitere Rechtsprechung „in einem etwas eigentümlichen Widerspruch zur Vehemenz der in den 1980er Jahren geführten Diskussion“ steht.

IV. Generelle Lösungsansätze für eine gesetzgeberische Rechtsfolgenlösung

Überlegungen zu einer gesetzgeberischen Rechtsfolgenlösung beim Mord gehen davon aus, dass aufgrund der Kombination abschließend verstandener Qualifikationsmerkmale mit der starren Sanktion lebenslanger Freiheitsstrafe Fälle erfasst werden können, die unter Schuldaspekten nicht höchststrafwürdig erscheinen und die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe kaum "verdienen"⁴⁹. Gegenüber Tatbestandslösungen haben Rechtsfolgenlösungen dabei den Vorteil größerer Systemgerechtigkeit und Flexibilität für sich, mögen sie letztlich auch zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Denn während Tatbestandsmerkmale von Strafgesetzen notwendigerweise abstrakt gefasst werden müssen und sich daher bei der praktischen Gesetzesanwendung in Bezug auf atypische Einzelfälle als unangemessen erweisen können, drängt die Rechtsfolgenseite – wie sich namentlich an den unbenannten minder oder besonders schweren Fällen zeigt – nicht in gleicher Weise zu genau bestimmten Voraussetzungen. Vielmehr ist es gerade als Hauptaufgabe der Strafzumessung anzusehen, in solchen Fällen für die gebotene Individualisierung der Strafandrohung zu sorgen, die den Forderungen der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung trägt⁵⁰.

Die nachfolgend diskutierten Rechtsfolgenlösungen legen die Ausgangsüberlegung zugrunde, dass im Unrechts- und Schuldgehalt herausgehobene (schwere) Fälle der vorsätzlichen Tötung grundsätzlich die schärfste in der Strafrechtsordnung vorgesehene Strafe verdienen, mithin die lebenslange Freiheitsstrafe.

Im Einzelnen: Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte⁵¹. Das Primat des absoluten Lebensschutzes erfordert, dass eine Rechtsgemeinschaft die Unverletzlichkeit menschlichen Lebens als obersten Wert bekräftigt. Den entsprechenden Grundsatz eines solchen Lebensschutzes verbürgen Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 102 GG verfassungsrechtlich und weisen dem menschlichen Leben in seiner Unwiederbringlichkeit und Einmaligkeit den Höchststrang im Wertgefüge der Grundrechtsnormen sowie einen Anspruch auf den ungeteilten Schutz der Rechtsordnung zu⁵². Dabei muss die Wertschätzung und der Achtungsanspruch des Lebens nicht allein durch

⁴⁹ MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 24.

⁵⁰ Kratzsch, JA 1982, 401, 405; Rengier, NSTz 1982, 225, 226; MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 44.

⁵¹ BVerfGE 39, 1, 42.

⁵² Vgl. BVerfGE 39, 1, 42; s. auch Neumann, FS Kühl, 2014, 569, 571.

umfassende Strafbewehrung der Tötung anderer zum Ausdruck kommen⁵³, sondern auch durch die Schärfe der Sanktion gewährleistet sein, wenn der generalpräventive Effekt der Tatbestandsnormierung nicht im Strafmaß relativiert werden soll. Die Strafandrohung gibt insoweit Aufschluss vor allem über die gesetzgeberische Charakterisierung und Bewertung des Straftatbestands, der das strafwürdige Verhalten beschreibt⁵⁴. Die Sanktion fungiert als Wertmesser des geschützten Rechtsguts: „Je höher die Sanktion, desto höher der Wertrang des geschützten Gutes.“ Insofern hat die Sanktion eine sowohl normverdeutlichende als auch ranganzeigende Funktion⁵⁵. Wenn dem aber so ist und der Gesetzgeber dem Fundamentalwert des Lebens ernsthaft gerecht werden will, so kann er gar nicht anders, als für die Vernichtung menschlichen Lebens die nach dem jeweiligen Sanktionssystem höchstmögliche Strafe anzudrohen. Denn nicht nur, dass jede andere Entscheidung als vergleichsweise Abwertung des Lebens erscheinen würde; auch müsste dies zwangsläufig Verschiebungen im übrigen Wertgefüge zur Folge haben⁵⁶.

Dabei ist aber zu bedenken, dass die Fälle vorsätzlicher Tötungen eine sehr unterschiedliche Bandbreite umfassen, von der Tötung im Anschluss an eine schwere Provokation bis hin zur Tötung aus Rassenhass, von einer Tötung in rechtfertigungsnaher, ausweglos erscheinender Situation bis hin zur Tötung um der Freude an der Tötung willen. Trotz ihres nicht steigerungsfähigen Unrechtskerns in Gestalt der Vernichtung menschlichen Lebens gibt es unterschiedliche Unwert- und Verschuldensgrade⁵⁷. Das geltende Recht trägt dieser Erkenntnis in der Differenzierung zwischen verschiedenen gewichtigen Fällen vorsätzlicher Tötung, zwischen Mord und Totschlag, Rechnung. Die im Unrechts- und/oder Schuldgehalt gesteigerten Fälle vorsätzlicher Tötung werden dem Mord zugeordnet. Wenn der Gesetzgeber für diese die Ahndung mit der höchsten dem Strafrechtssystem zur Verfügung stehenden Strafe anordnet, so ist dies symbolischer Ausdruck des absoluten Geltungsanspruchs des Tötungstabus⁵⁸. Die Androhung und auch Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe ist hier wegen ihrer Schwere besonders geeignet, im Bewusstsein der Bevölkerung die Erkenntnis von dem besonderen Wert des menschlichen Lebens zu festigen⁵⁹. Sie trägt damit namentlich auch generalpräventiven Bedürfnissen Rechnung.

⁵³ Vgl. BVerfGE 88, 203, 258.

⁵⁴ BVerfGE 105, 135 = NJW 2002, 1779, 1780.

⁵⁵ Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 185.

⁵⁶ Eser a.a.O.; vgl. auch v. Stahl, ZRP 1992, 397, 398.

⁵⁷ Nach Eser, a.a.O., D 26, "eine uralte und auch künftig kaum anfechtbare Erkenntnis".

⁵⁸ Vgl. Frommel, JZ 1980, 559, 564.

⁵⁹ Siehe hierzu BVerfGE 45, 187, 256 f.; s. ferner Kerner, ZStW 98 [1986], 875, 885 f.; Rössner, in: Nickolai/Reindl, Lebenslänglich. Zur Diskussion um die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1993, 39, 44; Rolinski, FS Schwind, 2006, 635, 643; ausführlich Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 9 ff., 27 ff.

Lebenslange Freiheitsstrafe darf freilich nur dann verhängt werden, wenn sie in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters steht. Ein Mordtatbestand mit absoluter Strafdrohung „lebenslang“ muss daher eine sachgerechte „Filterung“ höchststrafwürdiger Fälle, also solche mit höchster Schuld, ermöglichen. Je weniger man dies gewährleistet sieht, desto größere Flexibilität wird man von Rechtsfolgenlösungen erwarten, umso größer muss also das Ventil sein, das ein Abweichen von der Höchststrafe zulässt. Rechtsfolgenlösungen knüpfen damit an Vorstellungen zur Sachgerechtigkeit der gewählten Abschichtung von Mord zu Totschlag und zur grundsätzlichen Schuldangemessenheit der durch den Mordtatbestand vorgesehenen Strafe an.

Dies vorausgeschickt lassen sich zwei verschiedene Ausgangspunkte bei der Bestimmung von Rechtsfolgenlösungen einnehmen. Zum einen kann man einen Mordtatbestand mit lebenslanger Freiheitsstrafe zugrunde legen. Insoweit kann die Rechtsfolge durch die zusätzliche Androhung zeitiger Freiheitsstrafe oder durch die Statuierung einer Strafmilderung für weniger schwer wiegende Fälle nach unten hin flexibilisiert werden. Zum anderen ist es möglich, von Fällen vorsätzlicher Tötung höchststrafwürdige Fälle durch eine Strafschärfung in Gestalt lebenslanger Freiheitsstrafe in besonders schweren Fällen nach oben hin abzuschichten.

Dabei entheben die Rechtsfolgenlösungen selbstverständlich nicht von der Pflicht, die tatbestandlichen Voraussetzungen des Mordes im Einzelfall sorgfältig zu prüfen und nicht voreilig auf die Rechtsfolgenseite auszuweichen. Weiterhin anzustreben bleibt insbesondere eine restriktive Interpretation der einzelnen Mordmerkmale⁶⁰.

1. Zeitige Freiheitsstrafe neben lebenslanger Freiheitsstrafe

Rechtstechnisch einfach zu bewerkstelligen wäre eine - vereinzelt in der Literatur vorgeschlagene⁶¹ - Ergänzung der lebenslangen Freiheitsstrafe um eine zeitige Freiheitsstrafe, etwa nach folgendem

Beispiel 1: "... wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter fünf [zehn] Jahren bestraft."

⁶⁰ So auch Rengier, ZStW 92 [1980], 459, 476; s. freilich auch unten zur sog. rechtsfolgenorientierten Auslegung.

⁶¹ Siehe etwa Rolinski, FS Schwind, 2006, 635, 649; erwogen auch bei Rengier, ZStW 92 [1980], 459, 476 ff.; Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 30 f.; rechtsvergleichend Heine, Brauneck-Ehrengabe, 1999, 315, 334.

Damit würden Fälle höchststrafwürdiger Tötung auf die gleiche Stufe gestellt mit Delikten, die in gleicher Weise kumulativ lebenslange und zeitige Freiheitsstrafe androhen. Das gilt für folgende Delikte des Strafgesetzbuchs: §§ 80, 81 Abs. 1, 94 Abs. 2 (ggf. mit 97a), 100 Abs. 2, 176b, 178 (ggf. mit 179 Abs. 7), 212 Abs. 1 mit Abs. 2, 239a Abs. 3 (ggf. mit 239b Abs. 2), 251 (ggf. mit §§ 252, 255), 306c, 307 Abs. 3, 308 Abs. 3 (ggf. mit 313 Abs. 2, 314 Abs. 2), 309 Abs. 4, 316a Abs. 3, 316c Abs. 3 StGB. Die wahlweise angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe ist hier zumeist die Höchststrafe für verschiedene Qualifikationstatbestände (vgl. §§ 176b, 178, 251, 306c StGB); bei manchen Delikten kann die lebenslange Freiheitsstrafe aber auch in besonders schweren Fällen verhängt werden, die grundsätzlich⁶² durch Regelbeispiele konkretisiert werden, etwa bei Staatsschutzdelikten wie Landesverrat (§ 94 Abs. 2 StGB) oder friedensgefährdenden Beziehungen (§ 100 Abs. 2 StGB).

Eine solche Lösung wird wohl vor allem nur für diejenigen in Betracht kommen, die der tatbestandlichen Ausgestaltung des Mordes die grundsätzliche Eignung absprechen, höchststrafwürdige Fälle der Tötung einigermaßen sicher zu identifizieren. Durch die grundsätzliche Gleichstellung mit anderen Delikten verliert der vom Mordtatbestand erfasste Fall der besonders verwerflichen Vernichtung menschlichen Lebens seine - auch verfassungsrechtlich begründete (s.o.) - herausgehobene Stellung („als Flaggschiff“) in der Strafrechtsordnung. Eine Systematisierung⁶³ der Strafandrohungen nach der Höchststrafe eines (als eigenständiger Tatbestand ausgestalteten) Deliktes ergibt eine siebenstufige Strafrahmenskala, an deren Spitze bislang der Mord nach § 211 StGB steht, der als einziger Tatbestand des Strafgesetzbuchs die absolute Strafe lebenslang vorsieht⁶⁴. Diese oberste Stufe würde "gekappt". Zwar knüpfen die meisten der oben genannten Strafnormen ebenfalls an einen Tötungserfolg an, es genügt insoweit aber bereits leichtfertiges Handeln; zudem wird neben der Verwirklichung des jeweiligen Grundtatbestandes eine weitergehende Qualifizierung des Tötungsgeschehens nicht gefordert. Hielte man, um z.B. Fällen des (heimtückischen) Mordes in notstandsnahen, ausweglos erscheinenden Situationen Rechnung tragen zu können, zudem eine Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe für geboten, so bliebe der Mord sogar hinter den meisten der genannten Delikte zurück, da diese neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitige Freiheitsstrafe mit einer Strafrahmenuntergrenze von zehn Jahren vorsehen^{65 66}. In der gesetzgeberischen Bewertung des Straftatbestandes läge letztlich eine unter generalpräventiven Aspekten bedenkliche Relativierung des "absoluten" Lebensschutzes.

⁶² Ausnahme: § 212 StGB.

⁶³ Siehe hierzu Götting, Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis, 1997, S. 57.

⁶⁴ Daneben noch § 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.

⁶⁵ Eine Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren findet sich nur bei §§ 94 Abs. 2, 100 Abs. 2, 212, 307 Abs. 3 Nr. 2 StGB.

⁶⁶ Die in § 78 Abs. 2 StGB verankerte Sonderstellung im Rahmen der Verjährung bliebe immerhin erhalten.

Ein weit nach unten reichender Strafraumen könnte geradezu als Bagatellisierung des Tötungsunrechts angesehen werden. Im Grunde näherte sich eine derartige Lösung Einheitsstatbeständen an und würde geradezu die Sinnhaftigkeit einer Abgrenzung von Mord und Totschlag in Frage stellen. Überdies würde die in dem Bewusstsein der Bevölkerung bestehende enge Verbindung der Sanktion "lebenslange Freiheitsstrafe" mit der Strafe für Mord durch die gleichgeordnete Androhung von zeitiger Freiheitsstrafe gelockert⁶⁷.

Zugleich wäre damit zu rechnen, dass sich das Strafniveau in Fällen des Mordes deutlich absenken würde⁶⁸. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Erkenntnis, dass Strafraumen nach oben hin in der Regel nicht ausgeschöpft werden⁶⁹. Ausdruck dessen ist, dass in der Verurteilungspraxis der Gerichte nur vereinzelt für auch nur einige der oben aufgeführten Delikte tatsächlich auch lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird. Dies mag folgende Übersicht zu den Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe nach Delikt verdeutlichen (Strafverfolgungsstatistik, 1991 bis 2011, dabei bis 2006 nur westliche Bundesländer einschließlich Berlin)^{70 71}:

Jahr	Gesamt	§ 211 StGB	sonstige Delikte (StGB)
1991	56	54	1 §§ 94-100a, 1 § 212
1992	65	64	1 § 251
1993	72	71	1 § 212
1994	86	85	1 § 239a
1995	100	100	-
1996	100	99	1 § 251
1997	122	113	5 § 212, 4 § 251

⁶⁷ Zu Recht weist die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes in ihrem Gutachten zur Reform der Tötungsdelikte (2000) darauf hin (S. 83), die lebenslange Freiheitsstrafe verdeutliche psychologisch und im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung den Stellenwert menschlichen Lebens, die Antwort der Gesellschaft auf die Verletzung dieses Prinzips und wirke – neben der Schuldangemessenheit – auch durch ihre plakative Darstellung präventiv.

⁶⁸ Vgl. auch Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 31: Der lebenslangen Freiheitsstrafe als Höchststrafe könnte „nach einem gewissen Zeitablauf nur mehr historischer Charakter zukommen“ und sie würde „gleich einem Museumsexponat im StGB an frühere Zeiten erinnern“.

⁶⁹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 227; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, 277 ff., 279; Götting, Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis, 1997, 223 ff.

⁷⁰ Übersicht übernommen von Dessecker, Kriminologische Zentralstelle, Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung, 2013, S. 16.

⁷¹ Für die Zeit von 1950 bis 1984 siehe Kerner, ZStW 98 [1986], 875, 894 f.: Neben Totschlag (§ 212 StGB) und Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) sehen noch eine Reihe weiterer Tatbestände die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe als fakultative Möglichkeit in besonders schweren Fällen vor. Die Strafgerichte haben davon seit Beginn des Nachweises im Jahr 1950 nur äußerst selten Gebrauch gemacht. Von 1950 bis 1984 erfolgten 2.101 Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe; davon betrafen 2.052 oder 97,7 % § 211 StGB (nach allgemeinen Erfahrungen in der Regel vollendete Fälle), nur 49 oder 2,3 % sämtliche anderen Paragrafen. In absoluten Zahlen ausgedrückt gab es in zehn Jahren keinen einzigen Fall lebenslanger Freiheitsstrafe außerhalb von § 211 StGB, in den übrigen Jahren schwankte die Zahl in der Regel zwischen einem und drei Fällen; die Spitze erreichte das Jahr 1966 mit sechs Fällen (von insgesamt 76). Seit der Strafrechtsreform von 1975 sind bis 1984 insgesamt nur vier Fälle verzeichnet worden.

1998	128	124	2 § 212, 2 § 251
1999	96	91	1 § 178, 1 § 212, 3 § 251
2000	107	103	1 § 178, 2 § 251, 1 § 306c
2001	140	136	1 § 212, 2 § 251, 1 § 306c
2002	89	80	1 § 178, 2 § 212, 1 § 239b, 5 § 251
2003	80	72	2 § 212, 1 § 239a, 5 § 251
2004	116	111	3 § 212, 2 § 251
2005	99	90	3 § 212, 6 § 251
2006	94	85	1 § 176b, 2 § 178, 2 § 212, 1 § 239a, 3 § 251
2007	114	111	1 § 212, 1 § 251, 1 DDR
2008	111	110	1 306c
2009	104	104	-
2010	137	133	2 § 212, 1 § 251, 1 § 308
2011	94	93	1 § 212

Diese Zurückhaltung der Gerichte bei Verhängung der Höchststrafe, die auch in dem revisionsrechtlichen Risiko einer an die Strafrahmenobergrenze gehenden Strafe begründet liegen dürfte⁷², ist lange bekannt. Hierauf hat bereits das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe hingewiesen⁷³:

"Hierbei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die absolute Strafdrohung einen Beitrag zur Rechtssicherheit und gleichmäßigen Bestrafung der Straftäter darstellt. Erfahrungsgemäß weichen die Strafmaße auch bei ähnlichen Voraussetzungen von Gericht zu Gericht nicht unerheblich voneinander ab. Der Richter ist im Allgemeinen milder als der Gesetzgeber und neigt bisweilen dazu, der schwersten Strafe auch in den Fällen möglichst auszuweichen, in denen sie der Gesetzgeber angewandt wissen wollte. Diese Neigung ist umso größer, je höher die gesetzliche Mindeststrafe ist (vgl. Röhl, a.a.O., S 187). Gerade bei einem so schwerwiegenden Verbrechen wie dem Mord ist es ein durch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit gerechtfertigtes Anliegen auf eine möglichst gleichmäßige Strafpraxis hinzuwirken."

⁷² Vgl. BGH, NSTZ-RR 2003, 52; 2011, 5: Je mehr sich die im Einzelfall verhängte Strafe aber dem unteren oder oberen Rand des zur Verfügung stehenden Strafrahmens nähert, um so höher sind die Anforderungen, die an eine umfassende Abwägung und eine erschöpfende Würdigung der für die Bemessung der Strafe maßgeblichen straferschwerenden und strafmildernden Umstände zu stellen sind. Die Verhängung der Höchststrafe bedarf sorgfältiger Begründung.

⁷³ BVerfG, Ur. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Rn. 228.

Eine zu befürchtende Absenkung der Strafen für Mord erscheint bedenklich. Die Wertschätzung und der Achtungsanspruch des Lebens müssen auch durch die Schärfe der Sanktion gewährleistet sein, wenn der generalpräventive Effekt der Tatbestandsnormierung nicht im Strafmaß relativiert werden soll⁷⁴. Eine allzu starke Zurückdrängung der lebenslangen Freiheitsstrafen ließe auch Auswirkungen auf das Strafrahmensystem insgesamt befürchten. Die gesetzlich vorgesehenen Strafen bzw. Strafraumen schaffen nicht nur eine Wertungsskala für die einzelnen konkreten Fälle, sondern in ihrer Gesamtheit nach außen hin auch eine solche der Straftatbestände. Die Strafen stellen in ihrer Gesamtheit eine Ordnung der Delikte nach ihrer Bedeutung bzw. nach der Wichtigkeit des durch sie geschützten Rechtsgutes dar⁷⁵. Die Gerichte orientieren sich bei der Strafzumessung im Einzelfall an der Bedeutung, die der abzuurteilenden Tat im Gesamtgefüge des Strafsystems zukommt. Hierbei spielen die Höchststrafe und die ihr zugeordneten Straftaten als Wertmaßstab eine entscheidende Rolle⁷⁶. Daraus erhellt sich auch die treffende Formulierung bei Schneider⁷⁷, der von der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord als "Leitwahrung" des Strafrechts spricht. Sinken die Strafen für Mord, so stünde zu befürchten, dass dies nicht ohne Auswirkungen für die Ahndung anderer Fälle schwerer Kriminalität in Relation hierzu bleiben würde⁷⁸. Damit würde das Strafrecht in einem besonders sensiblen, auch integrationspräventiv bedeutsamen Bereich berührt; dies gilt insbesondere für die Einschätzung der Bevölkerung zum Wert bestimmter Strafrechtsverletzungen.

In dem oben angeführten Zitat aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe wird auch ein weiterer Gesichtspunkt angesprochen, nämlich der der gleichmäßigen Strafpraxis. Je weitreichender der Strafraumen ist, desto größer ist die Gefahr, dass die vorgeschlagene Regelung instanzgerichtlich zu erheblich divergierenden Sanktionen führen würde (was allerdings für den Mord diejenigen nicht beklagen werden, die in der tatbestandlichen Ausgestaltung und Auslegung keine Regelung annähernd gleicher Fälle der Höchstschuld erblicken). Ein weiter Strafraumen vertraut die Abschichtung

⁷⁴ Vgl. Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 185. Siehe auch Krümpelmann, NStZ 1995, 337, 339; MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 277, wonach die Androhung und Verhängung der absoluten Sanktion eher die integrationspräventive Funktion eines „demonstrativen Gegenschlags auf höchststrafwürdige Verbrechen“ zukommt. Zu psychologischen Aspekten s. auch Rössner, in: Nickolai/Reindl, Lebenslänglich. Zur Diskussion um die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1993, 39, 44: „Die lebenslange Freiheitsstrafe führt zumindest zu einer emotionalen Beruhigung der potenziellen Opfer“. Hierzu auch Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 15 f., 27 bis 29.

⁷⁵ Götting, Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis, 1997, S. 64; Frisch/Bergmann, JZ 1990, 944, 947.

⁷⁶ Fuhrmann, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 21.

⁷⁷ MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 47.

⁷⁸ Siehe hierzu bereits oben sub II. 2. die Ausführungen bei Güde, Beratungen in der 115. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S. 2244 f.: Das ganze Strafrahmensystem würde ins Wanken geraten.

unterschiedlicher Mordtaten in (zu) großem Umfang den Gerichten an, was sowohl generalpräventiven als auch verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der Gleichheit, Sicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung zuwiderlaufen kann. Das scheint in einem Bereich, in dem das öffentliche Interesse an Kriminalität am höchsten ist und auch sehr weitgehend medial befriedigt wird, nicht unproblematisch. Ungleichheiten der Strafzumessung - zumal in diesem Regelungsbereich - gefährden die normstabilisierende Funktion und mithin die Legitimation des Strafrechts⁷⁹.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der unter Zugrundelegung der derzeitigen tatbestandlichen Ausgestaltung des Mordes (§ 211 StGB) nicht außer Acht gelassen werden darf, ist der Umstand, dass die Mordmerkmale vor allem deshalb so eng ausgelegt werden, weil sich an den Tatbestand die lebenslange Freiheitsstrafe anschließt. Angesprochen sind damit Fragen einer rechtsfolgenorientierten Auslegung, d.h. dass die Art und Höhe der Strafandrohung die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen beeinflusst. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Wechselwirkung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wie folgt ausgeführt⁸⁰:

"Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein. Beide sind wechselseitig aufeinander bezogen. Einerseits richtet sich die Strafhöhe nach dem normativ festgelegten Wert des verletzten Rechtsgutes und der Schuld des Täters. Andererseits lässt sich das Gewicht einer Straftat, der ihr in der verbindlichen Wertung des Gesetzgebers beigemessene Unwertgehalt, in aller Regel erst aus der Höhe der angedrohten Strafe entnehmen. Insofern ist auch die Strafandrohung für die Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestandes von entscheidender Bedeutung."

Wenn daher beim Mord das Ventil in Gestalt von Strafzumessungslösungen aufgemacht wird, dann ergibt sich zwangsläufig, dass diese Umgrenzung, dieses Korsett, beseitigt ist⁸¹. Die Mordmerkmale können dann erweiternd ausgelegt werden (z.B. könnte für die Grausamkeit, wie von der Literatur bereits de lege lata teilweise gefordert, auf ein Gesinnungsmoment verzichtet werden). Mit dieser Änderung ginge eine Phase der Ungewissheit und Unsicherheit bei der Auslegung einher, die für eine gleichmäßige Strafrechtsanwendung jedenfalls bis

⁷⁹ Vgl. Feltes, FS Kerner, 2013, 91, 97; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 505; Schäfer/Sander/van Gemmenen, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 868.

⁸⁰ BVerfGE 25, 269, 286; 27, 18, 29; krit. Krahl, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999, S. 205 (und öfter).

⁸¹ Siehe mit Blick auf die Regelbeispielstechnik auch Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 179: Fällt der in der lebenslangen Punktstrafe liegende zwingende Grund für eine restriktive Auslegung fort, sind erhebliche Weiterungen zumindest nicht ausgeschlossen.

zur höchstrichterlichen Klärung der mit der Öffnung auf Rechtsfolgenseite für die Tatbestandsseite verbundenen Fragen abträglich wäre⁸².

2. Strafmilderungslösungen

Bei Strafmilderungslösungen können im Einzelnen verschiedene Abstufungsmöglichkeiten ins Auge gefasst werden, je nachdem wie hoch man die Messlatte für das Eingreifen einer Strafmilderung legt und welche Umstände man für berücksichtigungsfähig hält.

a) Minder schwere Fälle

Im Strafgesetzbuch sind in zahlreichen Straftatbeständen Strafmilderungen für minder schwere Fälle vorgesehen⁸³. Auch für den Mord wäre eine entsprechende Ausgestaltung rechtstechnisch ohne weiteres möglich, etwa durch Anfügung folgender Bestimmung in Absatz 1 oder in einem neuen Absatz 3 des § 211 StGB⁸⁴:

Beispiel 2: "In minder schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf [zehn] Jahren zu erkennen."

Eine solche Regelung würde an ein eingeführtes Regelungsmodell anknüpfen und der weit verbreiteten Einschätzung Rechnung tragen, dass es auch minder verwerfliche Mordfälle gibt, für die eine Öffnung der Strafdrohung nach unten hin geboten ist. Nicht durchschlagend erscheint insoweit das Bedenken, dass hier der minder schwere Fall eines besonders schweren Falles der Tötung geregelt würde. Denn vergleichbare Regelungen enthält das Strafgesetzbuch auch an anderer Stelle, s. etwa § 176a Abs. 4, § 244 Abs. 3, § 244a Abs. 2, § 250 Abs. 3, § 260a Abs. 2, § 263 Abs. 5 StGB. In systematischer Hinsicht ist allerdings zu beachten, dass zwar auch die im Völkerstrafgesetzbuch geregelten Straftaten gegen das Völkerrecht vielfach Strafmilderungen für minder schwere Fälle aufweisen. Dies gilt jedoch gerade nicht für vorsätzliche Tötungsverbrechen wider das Völkerrecht (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB, wo jeweils lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafe angedroht wird).

⁸² Vgl. auch Gross, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 104.

⁸³ Hettinger, FS Küper, 2007, 95, 109, zählt im Jahr 2006 59 Regelungen minder schwerer Fälle im Strafgesetzbuch.

⁸⁴ Entsprechende Vorschläge finden sich etwa bei Salger, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 58; Rengier, ZStW 92 [1980], 459, 476 ff.; Mitsch, JZ 2008, 336, 340; sympathisierend auch Küpper, FS Kriele 1997, 777, 791 f.

Mit der Einführung minder schwerer Fälle beim Mord "erbt" man auch die mit dieser Rechtsfigur einhergehenden Schwierigkeiten. So lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung keine festen Grundsätze für die Anwendung minder schwerer Fälle herausgearbeitet hat⁸⁵, vielmehr den Tatgerichten insoweit ein erheblicher Freiraum verbleibt: So soll nach vielfach verwendeter Definition ein minder schwerer Fall vorliegen, wenn das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle in so erheblichem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens geboten erscheint. Im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein sollen alle Umstände, die für die Wertung von Tat und Täter in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder folgen⁸⁶. Hinsichtlich der Annahme eines minder schweren Falles ist es im Wesentlichen der Beurteilung des Tatrichters überlassen, welchen Umständen er bestimmendes Gewicht beimisst⁸⁷. So ist im Revisionsverfahren die Beurteilung nur eingeschränkt überprüfbar; das Revisionsgericht darf nur prüfen, ob ihr ein Rechtsfehler zugrunde liegt; das ist v.a. der Fall, wenn die Entscheidung des Tatrichters sachlich nicht nachvollziehbar ist⁸⁸.

Hiervon ausgehend ist zunächst festzuhalten, dass die "Definition" des minder schweren Falles letztlich zirkulär ist: Der minder schwere Fall, der Voraussetzung für die Anwendung des Sonderstrahfrahmens ist, soll nur bei einer Abweichung der Tat vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle gegeben sein. Für die Frage, wann dies der Fall ist bzw. welches Maß an Abweichung für den minder schweren Fall erforderlich ist, wird dann lediglich darauf verwiesen, dass die Anwendung des Sonderstrahfrahmens geboten sein muss (was wiederum bei Vorliegen eines minder schweren Falles der Fall ist)⁸⁹. Darüber hinaus lassen die vom BGH entwickelten Leitlinien inhaltlich vieles offen und überlassen es weitgehend dem Ermessen der Tatgerichte, wann diese einen minder schweren Fall bejahen oder verneinen wollen. Sie stellen für die Annahme eines minder schweren Falles auf eine methodisch kaum überprüfbare Gesamtwürdigung ab, wobei auch unrechts- und schuldindifferente Merkmale von Bedeutung sein können⁹⁰. Die Unbestimmtheit der unbenannten Strafmilderungen in ihren Voraussetzungen führt dazu, dass nicht etwa ein anhand gesetzli-

⁸⁵ Ob es solche überhaupt geben kann (krit. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 1132), ist eine andere Frage.

⁸⁶ BGHSt 26, 97; NStZ 1998, 298, st. Rspr.; vgl. die zahlreichen Hinweise bei Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 46 Rn. 85.

⁸⁷ Vgl. BGHSt 24, 268; 29, 320.

⁸⁸ Vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 46 Rn. 85 unter Verweis u.a. auf BGH, NStZ-RR 2006, 140.

⁸⁹ Vgl. Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 208 für die weitgehend parallele Rechtsfigur der besonders schweren Fälle; Montenbruck, NStZ 1988, 311, 313.

⁹⁰ Vgl. grundlegend BGHSt 26, 97 = JR 1976, 24 mit Anm. Zipf; ausführliche Kritik an der Gesamtbetrachtung bei Frisch/Bergmann, JZ 1990, 944, 946 ff., die rein präventive Gesichtspunkte jenseits von Unrecht und Schuld für nicht und aus dem Bereich der Unrechts- und Schuld Faktoren auch nur "gewisse deliktsspezifische Besonderheiten" für berücksichtigungsfähig halten.

cher Voraussetzungen bestimmter Strafraumen die Festlegung der Strafe, sondern die Bewertung der Strafwürdigkeit der konkreten Tat die Wahl des Strafraumens bestimmt, der dann wiederum dem Richter die von ihm als angemessen eingestufte Strafhöhe verfügbar macht⁹¹. Bislang scheint es jedenfalls nicht gelungen zu sein, minder schweren Fällen feste Konturen dergestalt zu verleihen, dass eine einigermaßen wirksame Grenzziehung gegen eine allzu weitherzige Verwendung dieses Begriffs gewährleistet ist⁹². Die sich hieraus für den vorliegenden Reformansatz ergebende Gefahr, dass die Konturenlosigkeit des minder schweren Falles zu einem unkontrollierten und unberechtigten "Ausstieg" aus dem absoluten Strafraumen des § 211 StGB genutzt wird, ist angesichts der verbreiteten Tendenz der Gerichtspraxis zur Vermeidung lebenslanger Freiheitsstrafe nicht als gering zu bewerten⁹³. Folge hiervon wäre, dass sich die Grenzen zwischen Mord und Totschlag verwischen und der faktische Wirkungsbereich beider Normen sich in den Wertungen der Normadressaten einseitig zugunsten der §§ 212, 213 StGB verschiebt. Dieser Funktions- und Wirkungsverlust ist umso bedeutsamer, als er gerade auf einem Gebiet erfolgt, auf dem ein effektiver Strafrechtsschutz am dringlichsten ist. Es sind dieses für Strafgesetze existentielle Interesse an der Erhaltung der Wirksamkeit der Norm und das Ziel eines effektiven Schutzes des Rechtsguts Leben, die der Idee einer weitreichenden Milderungsmöglichkeit im Rahmen des Mordtatbestandes Grenzen setzen (sollten)⁹⁴.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die generell gegen die Einführung von "minder schweren Fällen" bei schwererer Kriminalität sprechende Tendenz hinzuweisen, dass die Mehrzahl der zur Verurteilung kommenden Fälle dann als minder schwer angesehen und beurteilt wird. Dies hat eine Aufweichung von Strafraumen nach unten zur Folge, die der Gesetzgeber mit voller Berechtigung mit einer erhöhten Strafe hat bedacht sehen wollen⁹⁵. Wenn derart der unbenannte „minder schwere Fall“ zum „Normalfall“ wird, lässt sich der gesetzliche Regelstrafrahmen nicht mehr als Leitdimension, sondern nur noch als Hindernis für

⁹¹ NK-Streng, StGB, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 10; ders. Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 511.

⁹² Zipf, JR 1976, 24, 26.

⁹³ Vgl. Kratzsch, JA 1982, 401, 404 mit Blick auf eine "Verwerflichkeitskontrolle"; zu „Vermeidungsstrategien“ in der Rechtsprechung zum Mord siehe etwa MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 24, 30 ff.; s. im Übrigen die nachfolgenden Erwägungen.

⁹⁴ Zutreffend Kratzsch, JA 1982, 401, 404. Siehe auch die teilweise gleichgerichteten Bedenken bei Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 235: „Ebenso wenig rational angeleitet wäre die Anwendung eines minder schweren Falles des Mordes des § 211 Abs. 3 StGB de lege ferenda. Eine solche „Flucht in unbenannte Milderungsgründe“ weist keinen Unterschied zur Typenkorrektur auf; und aus der Perspektive desjenigen Täters, dem die Vergünstigung des unbenannten minder schweren Falles verwehrt wurde, kehrt sich die Bevorzugung eines anderen mit der Begründung eines minder schweren Falles zu einer Strafschärfung. Auch bei einer solchen Vorgehensweise gibt es immer wieder einen Täter, der vergleichsweise hart und einen Täter, der vergleichsweise milde bestraft wird, obwohl die Taten bei objektiver Betrachtung durchaus vergleichbar sind und ihr einziger Unterschied darin besteht, dass jeweils andere Richter entschieden haben; ein Umstand, der für die Rechtssicherheit des Bürgers und das Ansehen des Rechtsstaats sichern nicht zuträglich ist. Die Unbestimmtheit und Unberechenbarkeit des insoweit vergleichbaren § 213 Alt. 2 StGB hat bereits Bedenken wegen einer „höchst vorsätzlichen Bagatellisierung des (vorsätzlichen!) Tötungsdelikts“ (AE-Leben, GA 2008, 193, 195, 245) geführt.“

⁹⁵ Vgl. oben das Zitat aus BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 - 1 BvL 14/76, Rn. 228.

gerechte Strafzumessung verstehen. Es lässt sich namentlich bei den Vergewaltigungs- und Raubtatbeständen belegen, dass die dort offenbar von richterlicher Seite als allzu hoch angesehenen Mindeststrafdrohungen nachgerade routinemäßig zu einem Ausweichen auf die entsprechenden „minder schweren Fälle“ führten⁹⁶. Auf die in die gleiche Richtung gehenden Bedenken der Mitarbeiter des Bundesjustizministeriums wie auch des Abgeordneten Güde im Rahmen der Reformüberlegungen bis 1969 wurde bereits hingewiesen⁹⁷. Auch ein Blick auf die instanzgerichtliche Rechtsprechung im Anschluss an die von BGHSt - GrS - 30, 105 eingeführte "Rechtsfolgenlösung" beim Mord erhärtet diese Vorbehalte. Trotz der strengen Maßstäbe, die der Bundesgerichtshof insoweit stets angelegt hat, finden sich - nicht nur aus der Zeit kurz nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen - Entscheidungen der Schwurgerichte, die auf die Rechtsfolgenlösungen zurückgreifen, ohne dass der (mitgeteilte) Sachverhalt dies jeweils auch nur nahe gelegt hätte⁹⁸.

Weiterhin zu berücksichtigen ist, dass die Statuierung minder schwerer Fälle, wie namentlich die Erfahrungen mit § 213 Alt. 2 StGB zeigen, nicht unerhebliche Revisionsrisiken schafft. Das betrifft insbesondere die Prüfungsreihenfolge bei Vorliegen besonderer gesetzlicher Strafmilderungsgründe wie etwa § 21 oder §§ 22, 23 Abs. 1, 2 StGB⁹⁹ neben weiteren (allgemeinen) Entlastungsfaktoren.

Zu bedenken ist im Übrigen, dass die in Gestalt eines minder schweren Falles eingeräumte, relativ weitreichende Möglichkeit zur Strafmilderung auch Rückwirkungen auf der Tatbestandsebene, nämlich hinsichtlich der Auslegung der Mordmerkmale, zeitigen kann. Insoweit kann auf die Ausführungen unter IV. 1. zur rechtsfolgenorientierten Auslegung Bezug genommen werden, wobei allerdings die möglichen Rückwirkungen bei minder schweren Fällen angesichts des hier klareren Regel-Ausnahme-Verhältnisses weniger ausgeprägt sein dürften. Auch die Folgewirkungen in einem Mordtatbestand bisheriger Prägung sind in den Blick zu nehmen. So wäre - jedenfalls theoretisch - die Möglichkeit eröffnet, bei einer Tötung aus niedrigen Beweggründen oder aus Mordlust einen minder schweren Fall des Mordes anzunehmen, was bisweilen als "unerträglicher Widerspruch" empfunden wird¹⁰⁰. Mit Blick

⁹⁶ Zu allem Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 766; H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 285, 292; ders., in: Frisch/von Hirsch/Albrecht, Tatproportionalität, 2003, S. 230; Götting, Gesetzliche Straffrahmen und Strafzumessungspraxis, 1997, S. 204 f.; Frommel, NK 2013, 288, 289.

⁹⁷ Siehe oben sub II. 2.

⁹⁸ Siehe aus jüngerer Zeit etwa die Vorinstanzen zu BGH, Urt. v. 10.05.2005, 1 StR 30/05; BGH, Urt. v. 23.11.2004, 1 StR 331/04, NStZ 2005, 154; BGH, Urt. v. 01.07.2004, 3 StR 107/04. Optimistischer Jähnke, FS Spindel, 1992, 537, 545: Patricherliche Urteile, die den Ausnahmecharakter der Rechtsfolgenlösung verkennen, sind selten geworden.

⁹⁹ Siehe hierzu und zur Kritik näher MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 213 Rn. 53.

¹⁰⁰ Gross, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 103.

auf die Kommunikationsaufgabe des Strafrechts wird teilweise auch generell behauptet, dass ein minder schwerer Fall eines Mordes der Öffentlichkeit nicht vermittelbar wäre¹⁰¹.

Die Diskussion, für welche Fälle bzw. Mordmerkmale eine Strafmilderung vorzusehen sein könnte, soll erst an späterer Stelle (V. 4.) geführt werden.

b) Strafmilderung aufgrund erheblich geminderter Schuld bei "besonderen" bzw. "außergewöhnlichen" Umständen

Angesichts der potentiell weitreichenden Folgen minder schwerer Fälle des Mordes sind ferner die Möglichkeiten einer weitergehenden Eingrenzung der milder zu beurteilenden Fälle des Mordes in den Blick zu nehmen. Als solche erscheinen namentlich folgende Regelungen im Mordtatbestand denkbar:

Beispiel 3¹⁰²: "Liegen besondere Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen."

Beispiel 4¹⁰³: "Liegen außergewöhnliche Umstände vor, welche die Schuld des Täters erheblich mindern, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen."

Beispiel 5: "Liegen außergewöhnliche Umstände vor, aufgrund derer die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe wegen erheblich geminderter Schuld des Täters unverhältnismäßig wäre, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf [drei] Jahren zu erkennen."

Die vorgenannten Beispiele haben zum einen die Gemeinsamkeit, dass sie - anders als die minder schweren Fälle und wohl auch die im Ansatz ähnliche Regelung in § 211 Abs. 3 StGB 1941 (s.o.) - präventive Aspekte außerhalb der Tatschuld nicht berücksichtigen (wollen). Auf die hiermit verbundenen Fragen wird noch gesondert einzugehen sein (V. 1.). Zum anderen können sie nicht an Vorbilder im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs anknüpfen.

¹⁰¹ So Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 31.

¹⁰² Angelehnt an die Überlegungen des Bundesjustizministeriums 2000/2001 (dort allerdings eingegrenzt auf die Heimtücke bzw. bestimmte Mordmerkmale), s.o. sub II. 3.

¹⁰³ Sich für eine Begrenzung auf „außergewöhnliche Umstände“ aussprechend etwa v. Stahl, ZRP 1992, 397 f.; Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 339.

fen¹⁰⁴, sie fügen sich also nicht bruchlos in die Systematik des Strafgesetzbuchs ein, das sich im Jahr 1975 bewusst von dem teilweise regelrechten "Wildwuchs" an Strafmilderungsmöglichkeiten in unterschiedlichen Formulierungen und Abstufungen verabschiedet hat¹⁰⁵. Gleichwohl könnte jedenfalls entsprechend an die für minder schwere Fälle geltenden Bestimmungen angeknüpft werden (bedeutsam z.B. § 78 Abs. 4 StGB, § 267 Abs. 3 S. 2 StPO).

Die in Beispiel 3 gewählte Formulierung ermöglicht trotz ihrer Begrenzung auf die Tatschuld einen jedenfalls auf den ersten Blick eher weitreichenden Zugriff auf den Sonderstrafrahmen. "Besondere" Umstände werden sich - mit gutem Willen - im Einzelfall sehr häufig identifizieren lassen, so dass die eigentliche Restriktion erst bei dem Erfordernis erheblich geminderter Schuld ansetzt¹⁰⁶. Als "besondere Umstände" lassen sich Milderungsgründe von besonderem Gewicht verstehen, die die Anwendung des Sonderstrafrahmens trotz des Unrechts- und Schuldgehalts der Tat wegen erheblich geminderter Schuld als angezeigt erscheinen lassen.

Jedenfalls in der Formulierung etwas restriktiver ist Beispiel 4, wo im Unterschied hierzu nicht von "besonderen" sondern von "außergewöhnlichen" Umständen die Rede ist. Die Formulierung greift die in BGH - GrS - St 30, 105 erstmals und sodann wiederholt verwendete Formulierung auf, wo - bezogen auf eine Rechtsfolgenlösung bei der Heimtücke - Entlastungsfaktoren gefordert werden, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben¹⁰⁷. Diese Rechtsprechung findet möglicherweise in einer vorangegangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ihren Anknüpfungspunkt, nach der die Grenzen der Bindung des Richters nur für ganz außergewöhnliche, vom Gesetzgeber nicht berücksichtigte Umstände des Mordes erreicht sein sollen¹⁰⁸:

"Der Strafrichter hat bei der Prüfung der Schuldangemessenheit der gesetzlich angedrohten Strafe für den Täter und dessen konkrete Tat von den grundlegenden Wertungen des Gesetzgebers auszugehen. Hat sich dieser - in verfassungsrechtlich un-

¹⁰⁴ Hinsichtlich des Beispiels 3 wohl aber an Formulierungen im Allgemeinen Teil, s. nur §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 2 S. 1, 57 Abs. 2 Nr. 2, 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zu den "besonderen Umständen".

¹⁰⁵ Mit dem Einführungsgesetz zum StGB vom 2. März 1974 wurden mit Wirkung vom 1. Januar 1975 die im StGB noch vorhandenen mildernden Umstände durch die minder schweren Fälle ersetzt (vgl. dazu BT-Drs. 7/550, S. 211 f.; BT-Drs. 7/1261, S. 4; BGHSt 26, 97, 98 f.). Ausführlich Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 88 ff.; Hettinger, 140 Jahre GA = FS Pötz, 1993, 77, 101 ff.

¹⁰⁶ Vgl. auch Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 264 f., der u.a. Bestimmtheitsbedenken äußert und einer entsprechenden Formulierung vorwirft, über das vom BGH mit der Rechtsfolgenlösung angestrebte Ziel hinausgeschossen zu sein.

¹⁰⁷ Vgl. auch die Formulierung von den "besonderen Ausnahmefällen" in § 211 Abs. 3 StGB 1941, s.o. sub II. 1.

¹⁰⁸ BVerfG, Beschl. v. 16.04.1980 - 1 BvR 505/78, Rn. 38, 41 (BVerfGE 54, 100) - Verstrickung in ein Unrechtssystem; zur aber möglicherweise abweichenden Funktion der außergewöhnlichen Umstände hier siehe Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, 131 bis 133.

bedenklicher Weise - dafür entschieden, für eine bestimmte Tatschuld, wie etwa die des Mordes nach Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB, eine bestimmte Strafe anzudrohen, so muss der Strafrichter diese Wertung anerkennen und für den Fall des Mordes die lebenslange Freiheitsstrafe auch als schuldangemessen erachten, wenn nicht **ganz außergewöhnliche Umstände**, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat, eine andere Beurteilung gebieten. Während das Schwurgericht solche besonderen Umstände als gegeben ansah, hat der Bundesgerichtshof dies ersichtlich anders gewürdigt und keinen Anlass gesehen, die Einzeltatschuld des Beschwerdeführers entgegen der Wertung des Gesetzgebers geringer einzustufen. (...) Wo der Gesetzgeber, wie in § 211 Abs. 1 StGB, in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise für eine Straftat eine absolute Strafe angedroht hat, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stets dann gewahrt, wenn die absolute Strafe für eine Tat verhängt wird, die vom Regelfall nicht wesentlich abweicht. Die lebenslange Freiheitsstrafe im Fall des § 211 Abs. 1 StGB kann, wenn keine gesetzlich vorgesehenen Schuld mindernde Gründe vorliegen, nur dann im verfassungsrechtlichen Sinne unverhältnismäßig sein, wenn eine Gesamtwürdigung des konkreten Falls infolge **ganz außergewöhnlicher Umstände** zu der Schlussfolgerung drängt, dass die Einzeltatschuld deutlich milder zu beurteilen ist als die Schuld des Mörders im Durchschnittsfall."

Jedenfalls durch Anknüpfung an die Terminologie des Bundesgerichtshofs wird ein Bezug zu dessen restriktiver Auslegung und Anwendung hergestellt, wobei allerdings eine abweichende Strafrahenuntergrenze (hier - beispielhaft - fünf Jahre statt der nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB errechneten drei Jahre Freiheitsstrafe) eine etwas großzügigere Auslegung zuließe.

Die Formulierung in Beispiel 5 knüpft fast wörtlich an Formulierungen des Bundesgerichtshofs zur "Rechtsfolgenlösung" an¹⁰⁹. Sie fokussiert noch mehr auf den Ausnahmecharakter der Regelung. Nur wenn die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe andernfalls verfassungswidrig wäre, ist der mildere Strafrahen eröffnet. Es handelt sich damit um die engst mögliche Formulierung. Die Anknüpfung an die (Un-)Verhältnismäßigkeit ist dabei als Kurzformel für das aus dem Schuldgrundsatz folgende Erfordernis eines gerechten Verhältnisses der Strafe zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters zu verstehen (Mittel-Anlass-Relation)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vgl. nur den Leitsatz von BGH - GrS - 30, 105; ähnlich etwa BGH, Urt. v. 10.05.2005, 1 StR 30/05.

¹¹⁰ Vgl. Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 53, 100 f.

Gemeinsam ist den Beispielen 3 bis 5 die Voraussetzung erheblich geminderter Schuld. Schuld ist dabei wie bei § 46 StGB als Strafzumessungsschuld zu verstehen, meint also den Inbegriff derjenigen Umstände, aus deren Vorliegen oder Nichtvorliegen das Maß des gegen den Täter erhobenen Vorwurfs abgeleitet werden kann. Anknüpfungspunkt der Schuld ist damit das nach seiner Schwere abstufbare verschuldete Unrecht. Für Fälle des Mordes wird insoweit für die Frage einer Strafmilderung vor allem das Handlungsunrecht von Bedeutung sein. Auf die Frage einer näheren Konkretisierung wird noch später einzugehen sein (V. 1.). Die Frage der Erheblichkeit der Schuldinderung verlangt einen bezogen auf den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat deutlichen Abstand zu Sachverhalten, die jedenfalls im Ausgangspunkt ähnlich sind. Nicht zu verkennen ist, dass auch den gewählten Formulierungen ein nicht unerhebliches Maß an Unbestimmtheit und Konkretisierungsbedürftigkeit innewohnt.

Ist in concreto von einer erheblich verminderten Schuld auszugehen, besteht kein Anlass, die Strafmilderung noch in das Ermessen des Gerichts zu legen. Geboten ist vielmehr eine obligatorische Regelung. Es wäre nur schwer verständlich, warum der Richter, nachdem er bereits im Wege einer umfassenden Würdigung des Unrechts der Tat und der Schuld des Täters einen minder schweren Fall begründet hat, nunmehr in einem weiteren Schritt noch zusätzlich – durch eine Gesamtabwägung – die Anwendung des Sonderstrafrahmens begründen soll.

Die vorgenannten Beispiele 3 bis 5 versuchen den unter 1. und 2. a) angeführten Bedenken, namentlich die eines weitgehenden Zugriffs auf eine von der lebenslangen Freiheitsstrafe abweichende Strafe, (teilweise) Rechnung zu tragen. Insbesondere die Beispiele 4 und 5 streben an, eine weitgehende Kontinuität zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs herzustellen, nicht zuletzt um - als unangemessen angesehene - Tendenzen zur Abkehr von der lebenslangen Freiheitsstrafe besser entgegenzutreten zu können als dies etwa bei der Statuierung minder schwerer Fälle möglich wäre. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass hiermit ein Einfallstor für die Abkehr von der lebenslangen Freiheitsstrafe geschaffen würde. Ein "Ausbrechen" aus dem Anwendungsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord soll immerhin wesentlich erschwert werden. Wer die absolute Strafdrohung generell aufbrechen bzw. - auch über Grenzfälle hinaus - einschränken will, wird in den angesprochenen Lösungswegen kaum eine vorzugswürdige Lösung erkennen können.

3. Besonders schwere Fälle vorsätzlicher Tötungen

Will man ausgehend von Fällen des Totschlags¹¹¹ höchststrafwürdige Fälle durch eine flexible Strafschärfung unter Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe nach oben hin abschieben, so bietet sich die Möglichkeit besonders schwerer Fälle unter Verwendung der Regelbeispielermethode (mit Mordregelmerkmalen) an¹¹². In Betracht zu ziehen ist beispielsweise folgende einfache Lösung, die etwa in einem neuen Absatz des Totschlagtatbestands geregelt werden könnte:

Beispiel 6¹¹³: „In besonders schweren Fällen [des Totschlags] ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall (Mord) liegt in der Regel vor, wenn der Täter ...“.

Möglich, wenn auch ungewöhnlich ist es, den besonders schweren Fall an das Vorliegen weiterer benannter Voraussetzungen (an ein Leitkriterium) zu knüpfen, etwa an eine besondere Gefährlichkeit oder Verwerflichkeit und zusätzlich an das zwingende oder fakultative Vorliegen eines Regelbeispiels (Mordregelmerkmals):

Beispiel 7a¹¹⁴: „Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist. Dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend, dass der Täter ...“.

Beispiel 7b¹¹⁵: „Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 1 [Totschlag] vor und handelt der Täter in besonders verwerflicher Weise, so wird er wegen Mordes zu le-

¹¹¹ Auch für den Mord wird eine solche Lösung mit einer Binnendifferenzierung zwischen „normalen“ und besonders schweren Fällen des Mordes vereinzelt vorgeschlagen, s. Baltzer, StV 1989, 42 (allerdings auf der Basis ausschließlich zeitiger Freiheitsstrafen). Teilweise werden der geltende Totschlags- und der Mordtatbestand auch in einer Norm zusammengeführt, s. etwa die Vorschläge bei Fuhrmann, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II. Sitzungsberichte, M 7 f., 10 f., 15 f.; Heine u.a., AE-Leben, GA 2008, 193, 204 f., 218.

¹¹² Auch hierbei handelt es sich nach h.M. um eine Lösung auf Rechtsfolgenseite mit den Regelbeispielen als Strafzumessungsregeln, s. etwa BGHSt 23, 254, 257; 26, 167, 173; 27, 287, 289; 33, 370, 373; MüKo-Radtke, StGB, 2. Aufl., § 12 Rn. 16; a.A. Calliess, NJW 1998, 929, 933; Krahl, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999, S. 86 ff.; Eisele, Die Regelbeispielermethode im Strafrecht, 2004, S. 189. Aus rechtsstaatlichen und demokratiethoretischen Gründen nicht aufgegriffen werden sollte die Figur der unbenannten besonders schweren Fälle. Zu letzteren s. auch krit. Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 233 f.

¹¹³ Siehe etwa den Vorschlag bei Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582, 588.

¹¹⁴ So der Vorschlag von Heine u.a., AE-Leben, GA 2008, 193, 204 f., 218; vgl. bereits Eser, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 141 ff., 200 f. Beckmann, GA 1981, 337 ff.

¹¹⁵ Vorschlag bei Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2012, S. 257 bis 269; s. bereits Siol, Mordmerkmale, 1973, S. 139-148. Der Vorschlag weist i.Ü. insoweit deutliche Parallelen zu dem Entwurf von Februar 1936 (§ 413 E - Mord) der amtlichen Strafrechtskommission aus der Zeit des Nationalsozialismus auf (vgl. BGHSt 9, 385, 387 f.; Hinz, SchlHA 2015, 47, 52).

benslanger Freiheitsstrafe verurteilt. In besonders verwerflicher Weise handelt in der Regel, wer ...“.

Die verschiedenen Möglichkeiten¹¹⁶ sollen hier nicht im Einzelnen diskutiert werden, da Regelbeispielslösungen zumindest auf der Basis des Alternativ-Entwurfs Leben im Rahmen der Beratungen der Expertengruppe noch eingehend erörtert werden sollen. Hinzuweisen ist lediglich auf einige ausgewählte Punkte, die bei der Verwendung der Regelbeispielstechnik allgemein und speziell mit Blick auf die Tötungsdelikte zu vergegenwärtigen sind.

Regelbeispielslösungen weisen eine große Nähe zu den Qualifikationen mit minder schweren Fällen auf, zu denen man auch die oben (IV. 2.) angeführten Strafmilderungslösungen für den Mord zählen kann. Weil bei letzteren trotz Verwirklichung eines qualifizierenden Merkmals zugunsten des Täters „nach unten“ abgewichen werden kann, ist diese Konstruktion mit der Widerlegung der Indizwirkung eines Regelbeispiels durchaus vergleichbar¹¹⁷, allerdings fehlt ihnen die Analogiewirkung der Regelbeispiele.

Zu Gunsten der Regelbeispielstechnik kann hervorgehoben werden die „Mittelposition zwischen den vielgescholtenen Extremen abschließender qualifizierender Kasuistik und unbenannter Strafschärfungsregelung“, die eine Wertungsvorgabe für den Richter mit relativer Entscheidungsfreiheit verbindet und damit Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit bzw. gesetzgeberische und richterliche Kompetenzen auszubalancieren versucht¹¹⁸. Dies korrespondiert gesetzgebungstechnisch mit den Wünschen, nicht jeden von den (Mord-)Tatbestandsmerkmalen erfassten Fall geschärft bestrafen zu müssen, andererseits aber auch andere besonders schwerwiegende Fälle mit lebenslanger Freiheitsstrafe ahnden zu können.

Diesen Vorteilen stehen jedoch auch gewichtige Nachteile gegenüber. Diese gründen teilweise auf allgemeinen Bedenken gegen die Verwendung der Regelbeispielstechnik, teilweise auch auf Bedenken gegen die Verwendung in Fällen vorsätzlicher Tötungen. Hinsichtlich der allgemeinen Bedenken kann teilweise an die Ausführungen zu den minder schweren

¹¹⁶ Zu denken ist etwa noch an besonders schwere Fälle, bei denen die Generalklausel mit zwingenden Beispielen erläutert wird. In diesem Sinne wird z.B. die Vorschrift des § 129 Abs. 4 StGB verstanden. Aber hier kann die Nichtberücksichtigung mildernder Umstände zu Gunsten des Täters im Einzelfall zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen, so dass sich eine solche Regelung im vorliegenden Kontext nicht empfehlen dürfte.

¹¹⁷ Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 26 m.w.N.; Unterschiede können sich allerdings aufgrund der Vorschrift des § 12 Abs. 3 StGB im Hinblick auf den Deliktscharakter ergeben.

¹¹⁸ Degener, FS Stree/Wessels, 1993, 305. Anschaulich BT-Drs. IV/650, S. 400 zum E 1962: Regelbeispiele als „schmiegsame Regelung“, die die nötige Freiheit eröffnet.

Fällen angeknüpft werden. Das gilt etwa für den Vorwurf, dass hierdurch die Verantwortung für die Vervollständigung des Tatbestands sehr weitgehend vom Gesetzgeber auf das Gericht verschoben wird und diesem letztlich die weichenstellende Ausfüllung überlassen bleibt¹¹⁹. Auch bleibt die Bedeutung der Regelbeispiele im Rahmen der nach h.M. anzustellenden Gesamtwürdigung unklar. Die den Regelbeispielen zugeschriebenen Wirkungen (Indizwirkung, Analogiewirkung und Gegenschlusswirkung) können jedenfalls im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung überspielt werden - auch durch Umstände ganz anderer, nicht deliktsspezifischer Art. Auf diese Weise können jedwede Aspekte "elastisch und variabel" als "Ersatztatbestandsmerkmale" einfließen, bereiten den Weg zu dezisionistischen Billigkeitsentscheidungen¹²⁰ und können jeder Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Wege stehen¹²¹. Dem Tatrichter wird bei der revisionsrechtlichen Überprüfung dieser Gesamtwürdigung ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt¹²². Gleichwohl bleibt die Annahme von Regelbeispielen mit vermehrten revisionsrechtlichen Risiken verbunden. So wird z.B. nicht selten übersehen, dass Milderungsgründe wie § 21 StGB schon bei der Frage berücksichtigt werden müssen, ob überhaupt ein besonders schwerer Fall vorliegt. Abgesehen hiervon ist zu berücksichtigen, dass sich unter dem Regime der Regelbeispiele bei der Beurteilung des Versuchs, der Teilnahme, des Vorsatzes und der Verjährung eine Vielzahl umstrittener Fragen stellen, die letztlich das Ergebnis der mit Regelbeispielen geschaffenen "unklaren Mischung von (unvollständigen) Qualifikationen und Auslegungshinweisen des Gesetzgebers" sind¹²³. Auch im europäischen Vergleich ist die Regelungstechnik im Strafrecht kaum anschlussfähig¹²⁴. Insbesondere die Möglichkeit, auch von dem Wortsinn der Regelbeispiele nicht erfasste Konstellationen verschärfter Strafe zu unterwerfen, wird als dubios angesehen. Zwar mögen die Tötungsdelikte einer europarechtlichen Harmonisierungskompetenz weitgehend entzogen sein, jedoch sollte der nationale Gesetzgeber im Zuge einer zunehmenden Europäisierung der Rechtsordnung und Globalisierung der Kriminalrechtspolitik auf eine gewisse Rückkoppelung nationaler Strafgesetzgebung an internationale Standards nicht verzichten¹²⁵.

¹¹⁹ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 46 Rn. 96a; Freund, ZStW 109 [1997], 455, 470 f.

¹²⁰ Rengier, ZStW 92 [1980], 459, 476 f. befürchtet etwa, dass die Anforderungen an die Ausnahmen vom Regelfall herabgeschraubt werden müssten und dadurch das gesamte Institut in Mitleidenschaft gezogen würde.

¹²¹ Ausführliche Kritik bei Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 178, 222 ff. m.w.N.; weiterführend auch Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 208 f.; zur Kritik an der Gesamtwürdigung s. vor allem Frisch/Bergmann, JZ 1990, 944, 946 ff.

¹²² Vgl. etwa BGH, NJW 1987, 2451; NStZ-RR 2003, 297, 298.

¹²³ Vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 46 Rn. 96a.

¹²⁴ Vgl. Hirsch, FS Gössel, 2002, 287, 298 mit Fn. 44 und 302; Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 418.

¹²⁵ Siehe hierzu auch Heine, Brauneck-Ehrengabe, 1999, 315 f.

Daneben ergeben sich speziell auf die Verwendung der Regelbeispielstechnik bei der Abgrenzung vorsätzlicher Tötungen bezogene Bedenken. So wird die Regelbeispielstechnik den für Mord und Totschlag angedrohten Strafen wie auch der tatbestandlichen und begrifflichen Hervorhebung der beiden Tötungsvorschriften - auch in ihrer historischen Dimension und der Verankerung im Bewusstsein der Bevölkerung - schwerlich gerecht¹²⁶. Strafen würden nicht an feste Tatbestandsmerkmale geknüpft, stattdessen würden Mordmerkmale zur bloßen richterlichen Orientierungshilfe, von der im Rahmen der strafzumessungsrechtlichen Gesamtwürdigung zu jeder Seite hin abgerückt werden könnte¹²⁷. Tatbestandliche Abgrenzungen ermöglichen demgegenüber eine klarere und rechtssichere Abschichtung. Darüber hinaus werfen Regelbeispiele, die sowohl aus dem Gefährlichkeitsbereich wie aus dem Verwerflichkeitsbereich kommen, die Frage auf, nach welchen Kriterien sich die Analogiebildung für die Generalklausel der besonders schweren Fälle ausrichten soll¹²⁸. Gerade für Fälle des Mordes würde überdies nachteilig ins Gewicht fallen, dass das besonders schwere Unrecht im Gesetz und im Schuldspruch nicht gekennzeichnet wird¹²⁹. Die Symbolkraft der Verurteilung in Fällen höchststrafwürdiger Tötungen erstreckt sich auch auf die gesetzliche Qualifizierung und die im Urteil zu verankernde Benennung als Mord. Mit Blick auf die Kommunikationsaufgabe des Strafrechts wird teilweise auch vorgetragen, dass Mordmerkmale als Regelbeispiele der Öffentlichkeit nicht vermittelbar wären¹³⁰. Die Umwandlung des Mordtatbestandes in einen besonders schweren Fall unter Verwendung der Regelbeispielstechnik würde schließlich an der Unverjährbarkeit des Mordes rütteln (vgl. § 78 Abs. 2, 4 StGB).

Unter dem Eindruck der Kritik an dem Regierungsentwurf zum 6. Strafrechtsreformgesetz¹³¹, der ursprünglich eine ausufernde Verwendung von Regelbeispielen vorgesehen hatte, hat die Bundesregierung vorgeschlagen, "im Grundsatz keine neuen Strafzumessungsregeln für besonders schwere Fälle in das Strafgesetzbuch einzuführen"¹³². Es spricht viel dafür, an diesem Grundsatz für eine Reform der Tötungsdelikte festzuhalten.

¹²⁶ Siehe hierzu Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 103 f.

¹²⁷ Vgl. Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 225.

¹²⁸ Vgl. Teyssen, 53. Deutscher Juristentag, 1980, Bd. II: Sitzungsberichte, M 124.

¹²⁹ Nach h.M. ist weder das jeweilige Regelbeispiel noch der besonders schwere Fall in den Tenor aufzunehmen, so dass eine entsprechende Formulierung vom BGH (St 23, 254, 256; 27, 287, 289 f.) gestrichen wird. Anderes soll lediglich für das Regelbeispiel der Vergewaltigung i.S.d. § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB gelten (BGH, NStZ 1998, 510, 511; NStZ-RR 2003, 306). Gesetzgeberisch ließe sich das Problem daher immerhin - analog zur Vergewaltigung - lösen.

¹³⁰ Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 31.

¹³¹ Siehe etwa die Stellungnahme des Bundesrates in BT-Drs. 13/8587, S. 55, sowie die Kritik aus den Reihen der Strafrechtswissenschaft bei Freund, ZStW 109, 1997, S. 455, 470 f.

¹³² BT-Drs. 13/8587, S. 79; die nachfolgende Rechtsentwicklung hat die Ankündigung aber nicht gerade unterstrichen (vgl. etwa die Änderungen in §§ 176 Abs. 3, 179 Abs. 3, 266a Abs. 4 StGB).

V. Einzelfragen zu Strafmilderungslösungen

Die vorstehenden allgemeinen Überlegungen haben teilweise bereits auf Einzelfragen zur Ausgestaltung einer Strafmilderungslösung hingewiesen, denen im Folgenden nachgegangen werden soll.

1. Begrenzung auf tatschuldbezogene Umstände?

Zu überlegen ist, ob auch Umstände außerhalb der Tatschuld Anlass für eine Strafmilderung in Fällen des Mordes sein können. Für die Konstruktion der minder schweren Fälle stellt sich diese Frage freilich nicht, denn die Rechtsprechung hat sie bereits positiv beantwortet¹³³. Die Beispiele 3 bis 5 knüpfen dagegen an Fälle erheblich geminderter Schuld an und schließen damit Umstände, die nicht in der Tat oder der Person des Täters wurzeln, aus. Bedeutung haben kann diese Restriktion namentlich in Fällen großen zeitlichen Abstands zwischen Tat und Urteil, bei langer Verfahrensdauer und rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen.

Der Bundesgerichtshof hat bislang eine Berücksichtigung allein tatschuldbezogener Umstände bei den "außergewöhnlichen Umständen", die für die Anwendung der Rechtsfolgenlösung beim heimtückischen Mord in Betracht kommen, zugelassen¹³⁴. Mit Blick auf lang zurückliegende Sachverhalte hatte er zwischenzeitlich auch eine Berücksichtigung lange zurückliegender Taten und Fälle der Verfahrensverzögerung erwogen. So hatte der Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 1995¹³⁵ offen gelassen, ob an der bisherigen Rechtsprechung, die für die Strafraumenverschiebung ausschließlich auf (täter- und) tatbezogene Umstände abgestellt hat, auch für Ausnahmefälle festzuhalten sei, in denen - wie im entschiedenen Fall - zwischen Tat und Urteil mehr als 60 Jahre liegen, und damit auf Faktoren, die das eigentliche Tatunrecht nicht beeinflussen. Auch in einem weiteren Fall ließ der Bundesgerichtshof offen, ob die 25 Jahre zurückliegende Tötung durch einen Grenzsoldaten der DDR durch außergewöhnliche Umstände geprägt war, die eine Strafraumenverschiebung geboten hätten¹³⁶. In einer nachfolgenden Entscheidung aus dem Jahr 2002 hat der

¹³³ Siehe oben die Nachweise unter II. 2. a. Für die Rechtsfigur der besonders schweren Fälle ist die Rechtsprechung hingegen weniger eindeutig, s. hierzu Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2009, S. 156; NK-Streng, *StGB*, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 13; ders., *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Aufl. 2012, Rn. 514, jeweils mit Nachweisen aus der Rspr.

¹³⁴ Siehe BGHSt 41, 72, 93 f.

¹³⁵ BGHSt 41, 72, 93, Urt. v. 10.05.1995 - 5 StR 434/94: Erich Mielke – Mord am Bülowplatz im Jahr 1931.

¹³⁶ Siehe BGH, *NStZ-RR* 2001, 296. Hier erschoss ein Grenzsoldat der DDR einen Bürger der Bundesrepublik Deutschland, der vom Westen aus die Grenze überschritten hatte. Der BGH hat das Mordmerkmal der Heimtücke verneint und auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils selbst auf Totschlag erkannt.

Bundesgerichtshof eine Milderung auf Grund der langen Zeitspanne seit der Tat unter Hinweis auf die Einführung der Unverjährbarkeit des Mordes gerade im Hinblick auf NS-Taten abgelehnt¹³⁷. Mit einem Fall der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung hatte sich der Bundesgerichtshof sodann einige Jahre später zu beschäftigen. Dabei befand er: Wird der Angeklagte des Mordes schuldig gesprochen, so kann von der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in aller Regel nicht deswegen abgesehen werden, weil die Beendigung des Verfahrens von den Strafverfolgungsorganen in einer Weise verzögert wurde, die beim Ausspruch von zeitiger Freiheitsstrafe oder von Geldstrafe eine Kompensation zugunsten des Angeklagten auf der Rechtsfolgenseite gebieten würde¹³⁸. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte diese Rechtsprechung, ließ aber eine Hintertür für besondere Ausnahmefälle offen¹³⁹:

„Gegen diese Rechtsprechung ist wegen der Vereinbarkeit der allein an das Tatunrecht anknüpfenden lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem Grundgesetz von Verfassung wegen nichts zu erinnern. Aber nicht nur aus der Charakterisierung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen als personenbezogene Schuld mildernsgründe erklärt sich, warum diese bei § 211 StGB prinzipiell nicht Raum greifen. Auch aus der Vorschrift des § 78 Abs. 2 StGB ist abzuleiten, dass lange Verfahrenszeiten und verzögerliche Verfahrensbearbeitungen keinen Einfluss auf die Strafandrohung bei Mord haben (vgl. Strate, NJW 2006, S. 1480, 1481). § 78 Abs. 2 StGB nimmt das Verbrechen des Mordes ausdrücklich von einer Verjährung aus. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass er bei diesem Delikt selbst lange, zwischen Tatbegehung und Verurteilung liegende Zeiträume nicht als schuld mindernd bewertet wissen will und diese Zeitspannen auch das staatliche Interesse an der Strafverfolgung nicht beeinträchtigen. Ob ungeachtet dieser gesetzgeberischen Intention Ausnahmefälle denkbar sind, in denen etwa Jahrzehnte währende Zeitabläufe zwischen Tatbegehung und rechtskräftiger Verurteilung - möglicherweise im Verbund mit anderen schuld mildern den Aspekten - aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ein Abrücken von der lebenslangen Freiheitsstrafe erforderlich machen könnten (vgl. BGHSt 41, 72, 93), bedarf hier keiner Entscheidung.“

¹³⁷ BGH, Urt. v. 21.02.2002, 1 StR 538/01, Rn. 40 f. (StV 2002, 598).

¹³⁸ BGH, NJW 2006, 1529 = NSTZ 2006, 346 .

¹³⁹ BVerfG, NSTZ 2006, 680, 681 f.

Ungeachtet dessen hat der Große Senat für Strafsachen mit seiner Entscheidung von 2007¹⁴⁰ den Weg dafür geebnet, dass eine Berücksichtigung im Wege der "Vollstreckungslösung" auch beim Mord in Ausnahmefällen erfolgen kann, nämlich durch Anrechnung auf die Mindestverbüßungszeit bzw. bei der Bestimmung der Verlängerung von deren Dauer, sofern die besondere Schwere der Schuld festgestellt worden ist:

„Dies gilt selbst im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Sollte hier ausnahmsweise eine Kompensation einmal geboten sein (vgl. BGH NJW 2006, 1529, 1535), so könnte sie durch Anrechnung auf die Mindestverbüßungsdauer im Sinne des § 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgenommen werden. Die Vollstreckungslösung erübrigt damit von vornherein Überlegungen, ob für besondere Ausnahmefälle ein Unterschreiten der gesetzlichen Mindeststrafe oder gar ein Absehen von der gesetzlich vorgeschriebenen lebenslangen Freiheitsstrafe (vgl. BGH StV 2002, 598; NJW 2006, 1529, 1535) in Betracht gezogen werden muss (...).“¹⁴¹

Damit ist für eine wichtige Fallgruppe schuldunabhängiger Umstände bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände (und wenn es ausnahmsweise nicht ausreichen sollte, allein den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK festzustellen) eine Berücksichtigungsmöglichkeit gegeben¹⁴². Den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kann Rechnung getragen werden. Lange Zeitabstände zwischen Tat und Verurteilung verlangen hingegen nicht (in gleicher Weise) nach einer Strafmilderung. Denn letztlich dürfte es sich sogar als Vorteil für den Täter ausgewirkt haben, dass er sich dem Zugriff der Justiz so lange entziehen konnte. Im Übrigen stellt sich bei diesen Konstellationen die Frage, wo – ungeachtet der eindeutigen Regelung des § 78 Abs. 2 StGB – bei den lang zurückliegenden Taten eine in der Gerichtspraxis einigermaßen sicher handhabbare zeitliche Grenzlinie verlaufen könnte¹⁴³. Daneben besteht auch kein Anlass eine lange Verfahrensdauer zu berücksichtigen. Gerade lange zurückliegende Taten sind durch schwierige Ermittlungen gekennzeichnet, die zu einer langen Verfahrensdauer führen können. Der Wertung des § 78 Abs. 2 StGB lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Umstände - und auch der typischen Lebensumstände

¹⁴⁰ BGH, Beschl. v. 17.01.2008 - GSSt 1/07, BGHSt 52, 124 ff. = NJW 2008, 860, krit. insoweit Reichenbach, NSTZ 2009, 120, 121 ff., der für Ausnahmefälle die Anwendung der „Rechtsfolgenlösung“ zur Anwendung bringen möchte.

¹⁴¹ Siehe auch BGH, Beschl. v. 20.01.2010 (2 StR 403/09, Rn. 6 (BGHSt 55, 1)): „Im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe kann die Kompensation durch Anrechnung des als vollstreckt geltenden Teils der Strafe auf die Mindestverbüßungsdauer im Sinne des § 57 a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfolgen.“

¹⁴² Wie hier MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 276; im Ergebnis ähnlich Reichenbach, NSTZ 120, 123 f.

¹⁴³ So zu Recht Reichenbach, NSTZ 2009, 120, 122; vgl. auch MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 276, der auf die Möglichkeiten des Gnadenerweises hinweist.

der voraussehbar hochbetagten Angeklagten - nicht nur eine unverjährbare Verfolgbarkeit, sondern auch keine Milderung der absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord gewollt hat¹⁴⁴.

Letztlich erscheint die Eingrenzung der berücksichtigungsfähigen Umstände auf solche, die im Unrecht der Tat und Schuld des Täters wurzeln, gut begründbar, wenn nicht sogar sachgerecht. Sie entlastet die rechtliche Prüfung um Aspekte, die nicht tatschuldbezogen sind, vermeidet die Undurchsichtigkeit einer allumfassenden Gesamtprüfung aller Umstände und beugt trichterlichen Versuchen vor, aus der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord „auszuweichen“. Besondere Überzeugungskraft gewinnt die Begrenzung in Fällen, in denen die Möglichkeit der Strafmilderung - wie in den unter II. 3. erwähnten Regelungsüberlegungen des Bundesjustizministeriums - auf einzelne Mordmerkmale beschränkt wird. Es dürfte nicht ohne weiteres zu rechtfertigen sein, warum bei einem Mordmerkmal z.B. ein langer zeitlicher Abstand zwischen Tat und Urteil (zusammen etwa mit einem Geständnis, das - richtigerweise und zumal in diesen Fällen - regelmäßig ebenso wenig die Tatschuld berührt) zu einer Strafmilderung führen soll, bei einem anderen Mordmerkmal hingegen nicht. Im Übrigen wird auch für die Schuld i.S.d. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB an den für die Strafzumessungsschuld im Sinne von § 46 StGB geltenden Grundsätzen angeknüpft und nicht etwa an außerhalb von Unrecht und Schuld liegende Umstände¹⁴⁵. Freilich bleibt die nicht zu unterschätzende Schwierigkeit tatschuldbezogene Umstände stets hinreichend klar von solchen abzugrenzen, die jenseits des verschuldeten Unrechts der Tat präventive Aspekte betreffen¹⁴⁶.

2. Konkretisierung der Strafmilderungsgründe?

Der Entscheidung des Großen Senats zur Rechtsfolgenlösung ist zum Vorwurf gemacht worden, sie führe zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit. Die generalklauselartige Weite des Kriteriums der "außergewöhnlichen Umstände" belaste die Rechtsfolgenentscheidung mit gravierenden Unwägbarkeiten. Es handle sich um einen begrifflich kaum abgrenzbaren Teilbereich besonderer Schuldmilderungsfälle. Letztlich werde die Entscheidung über "Le-

¹⁴⁴ BGH, Urt. v. 21.02.2002, 1 StR 538/01, Rn. 40 f.

¹⁴⁵ Siehe etwa BGH, NStZ 2014, 511; freilich sollen nach der Rechtsprechung auch Faktoren wie das hohe Alter des Täters oder die lange Zeitdauer seit Begehung der Tat bei der Frage der besonderen Schuldschwere zugunsten des Angeklagten ins Gewicht fallen können (zu Recht krit. MüKo-Groß, StGB, 2. Aufl. 2012, § 57a Rn. 19 a.E.); vgl. ferner BVerfGE 45, 187, 251.

¹⁴⁶ Das gilt vor allem für die Einordnung von Vor- und Nachtatverhalten, exemplarisch für das Meinungsspektrum Kunz, in: Frisch [Hrsg.], Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 135 ff. Vgl. allgemein SSW-Eschelbach, StGB, 2. Aufl. 2014, § 46 Rn. 23; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 528.

benslang" dem individuellen Vorverständnis des Tatrichters vom Schweregrad eines Mordes überantwortet¹⁴⁷.

Diese Vorwürfe lassen sich auch - in mehr oder minder starker Ausprägung - gegen die beispielhaften Strafmilderungslösungen erheben. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs lassen sich allerdings - in Fällen der heimtückischen Tötung - die außergewöhnlichen Umstände, die zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führen, nicht abschließend definieren oder aufzählen¹⁴⁸. Er hat immerhin angedeutet, welche Umstände insoweit in Betracht kommen¹⁴⁹: "Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn"¹⁵⁰ auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben." Als Stichworte finden sich - auch in den Folgeentscheidungen - immer wieder "nahezu ausweglose Situation" oder "Bestehen einer für den Angeklagten zermürbenden, nahezu ausweglosen, notstandsnahen Situation schwerster seelischer Bedrängnis oder Erregung, die der Tat den Stempel des Außergewöhnlichen aufgedrückt"; erwähnt wird auch die Prüfung, ob der Angeklagte die Tat durch sein früheres Verhalten mitverschuldet hatte, und der Umstand, dass der Angeklagte zu der Tat durch Wut (mit-)motiviert war. Zugleich hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass Milderungsgründe nach § 213 StGB allein die Strafraumverschiebung nicht rechtfertigen können¹⁵¹.

Bemühungen der Literatur zu einer weitergehenden Konkretisierung der von der Rechtsfolgenlösung erfassten Fälle haben zu einem eher bescheidenen Ertrag geführt. Weitgehend konsentiert ist, dass die Rechtsfolgenlösung im Kern auf eine "notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation" zielt. Sich in dieser Situation rechtlich falsch entschieden zu haben, darf dem Täter jedenfalls nicht zu schwerer (schwerster) Tatschuld gereichen¹⁵². Klare "Grenzfälle", die eine "außergewöhnliche" Milderung erfordern, beruhen auf dem Gedanken der Unrechtsminderung bei der Teilverwirklichung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungs-

¹⁴⁷ Bruns, JR 1981, 1981, 358, 360, 362 f.; Mitsch, JuS 1996, 121, 122 m.w.N.

¹⁴⁸ BGHSt 30, 105, 119, zust. Kratzsch, JA 1982, 401, 405.

¹⁴⁹ BGHSt 30, 105, 119.

¹⁵⁰ vgl. BGH MDR 1961, 1027

¹⁵¹ BGHSt 30, 105, 118; BGH, NStZ 1982, 69; NStZ-RR 2004, 294; abw. Rengier, NStZ 1982, 225, 229; auch Fälle im Umfeld des § 213 Alt. 1 StGB, wobei die Provokationen, Konflikte, Kränkungen u.a. für die Tat bestimmend bleiben müssen und der Täter seine schwere Konfliktlage nicht erheblich mitverschuldet haben darf, vgl. den Fall BGH, Urt. v. 16.06.1981 - 5 StR 143/81.

¹⁵² Köhler, JuS 1984, 762, 767.

gungselementen¹⁵³ wie Notwehr- bzw. Notstandsnähe. Geeignete Vorschläge für eine gesetzgeberische Konkretisierung lassen sich daraus nicht ohne weiteres entwickeln.

Es liegt nahe, für die Frage einer erheblichen Schuldinderung (vgl. die Beispiele 3 bis 5) im Ausgangspunkt sämtliche Aspekte für berücksichtigungsfähig zu halten, die auch im Rahmen der Strafzumessungsschuld Bedeutung gewinnen können, wobei allerdings der Aspekt des Erfolgsunrechts zu vernachlässigen sein dürfte¹⁵⁴. Bedeutung gewinnt hierbei vor allem der Aspekt des subjektiven Handlungsunrechts in Gestalt von Beweggründen und Zielen¹⁵⁵ des Täters (z.B. Handeln zur tatsächlichen oder vermeintlichen Gefahrenabwehr zugunsten gewichtiger personaler Rechtsgüter), insbesondere unter Berücksichtigung vorangegangenen Opferverhaltens. Darüber hinaus kann z.B. auch die Art der Tatausführung, etwa die Frage planmäßig-überlegten Handelns, relevant sein. Auch erhebliche Einschränkungen des Anders-Handeln-Könnens (unterhalb der Schwelle des § 21 StGB), namentlich durch eine besondere affektive Belastung, können - allerdings wohl nur als ergänzender Aspekt - im Rahmen der Strafzumessungsschuld i.e.S. Berücksichtigung finden¹⁵⁶. Diese hier nur schlagwortartig dargestellten Erwägungen zeigen: Aus dem Kreis der für die Strafzumessungsschuld relevanten Umstände können verschiedene Gesichtspunkte Bedeutung erlangen und im Einzelfall, auch in ihrer Kombination und Kumulation je unterschiedliches Gewicht gewinnen. Je nach Mordmerkmal kann der Schwerpunkt auch durchaus auf unterschiedliche Aspekte zu legen sein. Insgesamt erscheint es daher nur schwerlich möglich, all diese Umstände - auch für die Frage der Erheblichkeit - in eine konkretisierende Gesetzesformulierung zu gießen¹⁵⁷.

¹⁵³ Rengier, NStZ 1984, 21, 22; im Ergebnis ähnlich - nämlich auf die Nähe zur Notwehr und zum Notstand abstellend - Günther, JR 1985, 268, 274 (mit dem Versuch einer näheren Konkretisierung).

¹⁵⁴ Vgl. aber Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582, 585 f. für Steigerungen des Erfolgsunrechts bei Tötungen.

¹⁵⁵ Anders Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 160 ff.: Motiven oder Beweggründen des Täters sowie weitere Zwecke und Absichten, die der Täter mit seiner Tat verfolgen mag, kommt eine unrechtserhöhende Wirkung nicht zu. - Dass Beweggründe und Ziele des Täters wichtige Strafzumessungsfaktoren sind, zeigen beispielhaft die gesetzgeberischen Wertungen in §§ 211 bis 213 StGB und § 157 StGB. Aber auch die verbreitete Tatbestandsform der Delikte "mit überschießender Innentendenz" (z.B. §§ 242, 263, 267 StGB) zeigen, dass innere Dimensionen nachgerade selbstverständlich das Tatunrecht prägen, nämlich das Handlungsunrecht. Das Strafrecht kann nicht an solchen Dimensionen des Handlungsunrechts vorübergehen, wenn deren Relevanz sich in einer markant erhöhten oder verminderten Rechtsfriedensstörung in Relation zum reinen Erfolgsunrecht deutlich macht. Solche sozialpsychologisch wirksamen Folgen von Straftaten zu bewältigen, ist gerade strafrechtliche Zentralaufgabe (so zutreffend Streng, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht, Tatproportionalität, 2003, S. 135; s. auch T. Walter, NStZ 2014, 368, 373). Die Abstufung der Strafzumessungsschuld unter Berücksichtigung von Beweggründen, Zielen und Gesinnung nimmt Rücksicht auf den je verschiedenen Angriff auf die Geltung der Rechtsordnung (vgl. Frisch, BGH-FG, Bd. IV, 2000, S. 269, 290; s. ferner ausführlich Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, S. 400 ff., 471 ff.).

¹⁵⁶ Instruktiv und kritisch Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 334 ff., 359 ff.

¹⁵⁷ Entsprechend bereits die Einsicht des Reformgesetzgebers zum E 1962 für die Frage der Konkretisierung der minder schweren Fälle gemäß § 63 StGB-E 1962, vgl. BT-Drs. IV/650, S. 186: "Im Gegensatz zu der für § 62 getroffenen Regelung werden die minder schweren Fälle im Besonderen Teil nicht durch Regelbeispiele verdeutlicht. Abgesehen davon, dass sie sich im allgemeinen einer tatbestandsähnlichen Beschreibung überhaupt entziehen, besteht auch kein sachliches Bedürfnis nach näherer Klarstellung; denn während es aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich ist, dem Richter für den Übergang in einen schwereren Strafrahmen möglichst bestimmte Richtlinien zu geben, ist das für eine bloße Strafmilderung nicht unbedingt geboten. Der Gesetzgeber wäre durch eine solche Aufgabe überfordert."

Vor diesem Hintergrund dürfte es jedenfalls geboten sein, gesetzgeberisch ins Auge gefasste Konstellationen in der Gesetzesbegründung näher zu beschreiben, um die Zielrichtung und das Maß der erforderlichen (erheblichen) Strafmilderung zu verdeutlichen. Insoweit bieten namentlich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfolgenlösung beim heimtückischen Mord eine Vielzahl wichtiger und für eine Konkretisierung geeigneter Gedanken. Auch die - in etwas anderem Kontext gemachten - Überlegungen von Grünewald¹⁵⁸ können hier fruchtbar gemacht werden, um Ausnahmefälle erheblich geminderter Schuld zu beschreiben: So ist etwa an Fälle des Mordes zu denken, in denen dem Opfer eine partielle Verantwortung an der Tötung zugeschrieben werden kann, wenn diese Verantwortung aus einem gerade stattfindenden oder der Tötung unmittelbar vorausgehenden, nicht nur unerheblichen Eingriff in die Rechtssphäre des Täters, in dessen rechtlich absolut geschützten Freiheitsbereich, resultiert¹⁵⁹; ferner an Fälle, in denen das Opfer - außerhalb des § 216 StGB - in seine Tötung eingewilligt hat. Einen zentralen Stellenwert dürfte der übergeordnete Gedanke der Unrechtsminderung aufgrund einer Nähe zu bzw. der Teilverwirklichung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen einnehmen. Die Bedeutung affektiver Belastungen hingegen bedürfte noch näherer Betrachtung und Klärung; es fällt jedenfalls auf, dass diese für den Bundesgerichtshof für die Rechtsfolgenlösung beim heimtückischen Mord eine nicht unbedeutende Rolle spielt.

3. Subsidiarität?

Zu klären bleibt ferner die Frage, ob Strafmilderungslösungen auch dann anwendbar sein sollen, wenn bereits andere Milderungsmöglichkeiten, z.B. wegen Versuchs (§ 23 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) oder verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) den Weg zu einer zeitigen Freiheitsstrafe eröffnen und damit sogar eine Doppelmilderung möglich wäre. Auf der Basis der von ihm anerkannten Rechtsfolgenlösung beim heimtückischen Mord hat der Bundesgerichtshof dies abgelehnt¹⁶⁰:

¹⁵⁸ Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 316 ff., 369 ff.

¹⁵⁹ Allerdings ist - über die Fallgruppen bei Grünewald hinaus - ggf. auch an solche Fälle zu denken, in denen der Täter seine Tat partiell als Werk dritter Personen oder als Unglück darstellen kann (vgl. Jakobs, ZStW 123 [2011], 313, 322). Möglicher Anwendungsfall für einen solchen Fall, in denen das Unrecht nicht allein aus der Opferperspektive bestimmt werden sollte, ist z.B. der, dass auf den für einen Ehrenmord auserkorenen, jedoch unwilligen Täter immenser Druck (außerhalb des § 35 StGB) ausgeübt wird, die Tat zu begehen (vgl. Valerius, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 104). Aus der BGH-Rechtsprechung s. etwa die in diese Richtung gehenden Sachverhalte in BGH, JZ 1980, 238; BGH, NStZ 2002, 369 (generell eine Schuldinderung für die in letztgenannter Entscheidung zugrunde liegende Fallkonstellation ablehnend Hörnle, Gutachten C zum 70. DJT, 2014, C 106).

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 26.08.1982 - 4 StR 357/82, Rn. 13 (juris), NJW 1983, 54; s. auch BGHSt 48, 255, 263.

„Nur die dann noch verbleibenden "einzelnen Grenzfälle", in denen keine besonderen Strafmilderungsmöglichkeiten vorliegen, die aber nach ihrer Gestaltung die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe gleichwohl als nicht mehr verhältnismäßig, weil nicht mehr schuldgemäß, erscheinen lassen, sind daher von der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen betroffen, um auch sie in einer den Anforderungen der Verfassung entsprechenden Weise lösen zu können.“

Auf der Basis des Bestrebens des Bundesgerichtshofs, die absolute Strafdrohung in § 211 StGB nur für jene "Grenzfälle" zu lockern, in denen im Hinblick auf "außergewöhnliche" schuld mindernde Umstände die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre, erscheint diese Rechtsprechung konsequent. Weder das Verhältnismäßigkeits- noch das Schuldprinzip gebieten eine besondere Regelung für Fälle geminderter Schuld, wenn diese bereits im Rahmen allgemeiner Regelungen wie § 49 Abs. 1 StGB i.V.m. der jeweiligen Bezugsnorm ausreichend berücksichtigt werden kann. Der Bundesgerichtshof kann diesbezüglich auch an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anknüpfen (vgl. oben das Zitat bei II. 2.).

Für die hier diskutierten Strafmilderungslösungen (Beispiele 2 bis 5) wird man unterscheiden müssen: Der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zusammentreffen von Milderungsgründen im Fall des § 213 Alt. 2 StGB entspricht es, dass Doppelmilderungen bei unbenannten minder schweren Fällen möglich bleiben¹⁶¹, gleiches müsste auch im Beispiel 2 gelten. Die Beispiele 3 und 4 enthalten Strafmilderungslösungen, die bislang nicht verwendet werden, und geben auch vom Wortlaut keinen Hinweis zu dieser Frage. Jedenfalls in der Gesetzesbegründung müsste oder sollte zu dieser Frage Stellung genommen werden. Das Beispiel 5 knüpft wesentlich an Formulierungen des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfolgenlösung bei der Heimtücke an. Der Fokus liegt damit gleichfalls auf der Verhinderung einer verfassungswidrigen Rechtsfolge, wenn dem Gebot nach schuldangemessener Bestrafung nicht anderweitig Rechnung getragen werden kann. Die Regelung ist daher als gegenüber anderen gesetzlichen Milderungsgründen subsidiär anzusehen. Innerhalb des z.B. wegen Versuchs oder verminderter Schuldfähigkeit eröffneten Strafrahmens von 3 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe können sonstige "außergewöhnliche" Umstände bei der Strafzumessung i.e.S. (§ 46 StGB) berücksichtigt werden. Sie haben hier im Rahmen der in Fällen des § 49 Abs. 1

¹⁶¹ näher BGH, NSTZ 1986, 115; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 213 Rn. 18 m.w.N.

StGB anzustellenden Gesamtwürdigung¹⁶² ein besonderes Gewicht¹⁶³. Der Ausnahmecharakter der Regelung nach Beispiel 5 wird durch die Subsidiarität betont.

4. Begrenzung auf bestimmte Mordmerkmale?

Wendet man sich Strafmilderungslösungen beim Mord zu, so ist auch die Frage zu entscheiden, ob sich die Möglichkeit einer Strafmilderung auf sämtliche Mordmerkmale erstrecken oder auf eines oder einzelne begrenzt werden soll. Der Bundesgerichtshof hat die von ihm geschaffene Rechtsfolgenlösung bekanntlich nur auf die Heimtücke bezogen und eine Übertragung auf andere Mordmerkmale bislang nicht anerkannt (s.o. III. 4.). Auch der oben erwähnte Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums von 2001 hat eine Strafmilderung nur für Fälle der Heimtücke vorgesehen, wohingegen ein Vorentwurf von 2000 hier noch die 2. und 3. Gruppe der Mordmerkmale in § 211 Abs. 2 StGB erfassen wollte (s.o. II. 3).

Die Reichweite einer Strafmilderung kann nicht losgelöst von der Betrachtung der einzelnen Mordmerkmale und möglichen Grenzfällen schuldunangemessener Sanktionierung bestimmt werden. Eine solche Analyse kann hier nicht geleistet werden. Hinzuweisen ist immerhin auf Folgendes: Auf der Basis geltenden Rechts ist jedenfalls der Bedarf einer Strafmilderungsmöglichkeit für das Mordmerkmal der Heimtücke unumstritten. Umgekehrt erscheint es nicht geboten, in Fällen des Mordmerkmals der „sonst niedrigen Beweggründe“ wie auch des Merkmals der "Mordlust" die Möglichkeit einer Strafmilderung einzuräumen. Erstgenanntes Merkmal bietet mit der anzustellenden Gesamtbetrachtung hinlängliche Möglichkeiten zur adäquaten Verarbeitung außergewöhnlicher schuld mindernder Umstände bereits auf der Tatbestandsebene¹⁶⁴. Bei letztgenanntem Mordmerkmal ist mit Blick auf die hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätze eine relevante Unrechts- oder Schuld minderung schwerlich vorstellbar. Im Übrigen aber werden in der Literatur für alle weiteren Mordmerkmale - mit mehr oder minder großer Überzeugungskraft - Grenzfälle der Höchststrafwürdigkeit erörtert.

Grenzfälle der Höchststrafwürdigkeit sollen im Fall des Handelns zur Befriedigung des Geschlechtstriebes etwa dann vorliegen können, wenn sich ein Opfer freiverantwortlich für eine der sexuellen Befriedigung dienenden Tötung zur Verfügung stellt¹⁶⁵. Für das Mordmerkmal

¹⁶² Siehe die Nachweise bei Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 49 Rn. 3.

¹⁶³ Vgl. dazu BGHSt 48, 255, 263; i.E. zust. Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 211 Rn. 102; krit. hingegen Hillenkamp, JZ 2004, 48, 51 f.

¹⁶⁴ Votteler, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“, 2014, S. 25 Fn. 158; MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 40; Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 133.

¹⁶⁵ Siehe etwa Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2012, S. 69 f.; Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 311 f.

der Habgier wird etwa der Fall erwähnt, dass eine Mutter ein beliebig ausgewähltes wohlhabendes Opfer tötet, um mit dem erbeuteten Geld die von dritter Seite nicht übernommenen immens hohen Kosten für die lebensrettende Operation ihres sterbenskranken Kindes zu ermöglichen¹⁶⁶. Hinsichtlich des Mordmerkmals der Grausamkeit wird ausgehend von einem Verständnis, das die von der Rechtsprechung befürwortete Subjektivierung vermeidet, der Fall erwähnt, dass der Täter einen Schuss auf das Opfer abgibt, dessen bevorstehenden qualvollen Sterbeprozess realisiert und dann „vom Grauen über seine eigene Tat gepackt“ fluchtartig den Tatort verlässt¹⁶⁷. Für die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln werden als mögliche Grenzfälle Konstellationen erwähnt, „in denen sich die besondere und auch konkrete Gefährlichkeit der eingesetzten Mittel tatsächlich nicht realisiert hat und im Übrigen der Tötung ein sonstiger niedriger Beweggrund nicht zugrunde lag“¹⁶⁸. Hinsichtlich der Ermöglichungsabsicht soll ein Grenzfall in Betracht kommen, wenn eine affekt- oder konfliktbedingte Schuldinderung hinsichtlich der Zieltat auch auf die Tötung durchschlägt, so etwa bei der Tötung einer Person, die sich dem tödlichen Zurückschlagen gegen einen Provokateur (§ 213 StGB) entgegenstellt oder bei Tötung eines Leibwächters, um den verhassten Diktator zu treffen¹⁶⁹. Für das Merkmal der Verdeckungsabsicht soll v.a. die Mitverantwortlichkeit des Opfers für die Entstehung und/oder Eskalation der Konfliktsituation sowie der enge raumzeitliche Zusammenhang zwischen Vortat und Verdeckungstötung, wie er besonders für spontane, affektbedingte Verdeckungstötungen typisch ist, in den Grenzbereich höchststrafwürdiger Tötungen führen¹⁷⁰.

Die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Strafmilderung für alle Fälle des Mordes stünde in Kontinuität zu der im Jahr 1941 geschaffenen Rechtslage. Für sie könnte sprechen, dass die vom Bundesverfassungsgericht¹⁷¹ betonten Grenzen der Zulässigkeit lebenslanger Freiheitsstrafe nicht nur auf die Fälle der Heimtücke zu beziehen sind, sondern auf alle Tatbestände, die eine absolute Strafdrohung enthalten. Namentlich die Grenzen der Schuld und Verhältnismäßigkeit sind allgemein gültige Grenzen für die Ausübung von Strafgewalt. Auf der Grundlage der von der Literatur gebildeten (möglichen) Grenzfälle wird man auch nur für

¹⁶⁶ MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 26; vgl. auch Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 113.

¹⁶⁷ Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 239; vgl. auch Fritz bzw. Lange, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission [Niederschriften], 7. Band, Besonderer Teil, 1959, S. 45 f.; s. auch die Zweifel in BT-Drs. IV/650, S. 273 zum E 1962.

¹⁶⁸ Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zum Thema „Reform der Tötungsdelikte“, 2000, S. 54; Bedenken auch bei Welzel, Niederschriften, 7. Band, Besonderer Teil, 1959, S. 51; wenig substantiierte Zweifel in BT-Drs. IV/650, S. 273 (E 1962).

¹⁶⁹ Eser, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, S. 177 mit Fn. 102; Schwalm, Niederschriften, 7. Band, Besonderer Teil, 1959, S. 49; krit. Bockelmann, Niederschriften a.a.O. S. 50; Rengier, NSTZ 1982, 225, 227 f.

¹⁷⁰ Saliger, ZStW 109 [1997], 302, 329 f.; vgl. auch Rengier, BT II, 15. Aufl. 2014, § 4 Rn. 66 f.

¹⁷¹ BVerfGE 45, 187, 261; BVerfGE 54, 100 = JZ 1980, 475, 477; BVerfGE 105, 135 = NJW 2002, 1779, 1780; BVerfG, NJW 2009, 1061 Rn. 29.

zwei Mordmerkmale des geltenden Rechts die Erforderlichkeit einer Strafmilderung in Ausnahmefällen einigermaßen sicher ausschließen können¹⁷². Andererseits würde eine Öffnung für weitere Mordmerkmale neben der Heimtücke bedeuten, die Rechtsprechung zu weiterer Konkretisierungsarbeit für die weiteren Mordmerkmale in die Pflicht zu nehmen und damit eine Phase gewisser Unsicherheit bis zur höchstrichterlichen Klärung der einzelnen Konstellationen zu riskieren. Das erscheint umso vertretbarer, je enger die gewählte Ausnahmeregelung ist. Jedenfalls wird man das praktische Bedürfnis nach einer Erfassung aller Mordmerkmale nicht mit der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Erstreckung verwechseln dürfen.

5. Sachwidrige Stigmatisierung?

Der Rechtsfolgenlösung von BGHSt 30, 105 ist vorgeworfen worden, sie führe zu einer sachwidrigen Stigmatisierung des Angeklagten. Denn obschon er milder als der "Normal-Täter" des § 211 StGB bestraft werde, kennzeichne ihn der Schuldspruch als "Mörder". Diese Schuldspruchbemakelung sei unverhältnismäßig und müsse durch eine sachgerechte Rechtsfortbildung des Mordtatbestandes vermieden werden¹⁷³. Derartige Vorwürfe könnten in gleicher Weise gegenüber Strafmilderungslösungen erhoben werden.

Sie entbehren - zumal angesichts der plakativen Wirkung einer Verurteilung wegen Mordes und einem auch in der Bevölkerung vorhandenen Verständnis vom Mord als höchststrafwürdiger Tötung - nicht von vornherein einer Grundlage. Das Stigma des "Mörders" trifft auch den, der gegenüber dem Regelfall des Mordes mit erheblich geminderter Schuld gehandelt hat. Hierin kann eine tenorierungsbedingte Nivellierung unterschiedlicher Schweregrade vorsätzlicher Tötungen erblickt werden¹⁷⁴. Es handelt sich aber um ein Phänomen, dass auch bei anderen Straftaten auftritt, in denen eine Qualifikation mit minder schweren Fällen flankiert wird (s. etwa § 176a Abs. 4, § 244 Abs. 3, § 244a Abs. 2, § 250 Abs. 3, § 260a Abs. 2, § 263 Abs. 5 StGB). Auch im Übrigen führt das Eingreifen gesetzlich benannter Strafmilderungsgründe (etwa §§ 17 S. 2, 21, 35 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 StGB) nicht zu einer abweichenden Einordnung. Dies erscheint gerade für die Fälle des Mordes nicht ohne Bedeutung, die - wie die "Haustyrannen-Fälle" - jedenfalls eine gewisse Nähe zu Fällen des Ent-

¹⁷² Für eine Erstreckung der Rechtsfolgenlösung auf sämtliche Mordmerkmale etwa MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 40; Otto, Jura 1994, 141, 144; Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 124; Lackner, NSTz 1981, 348 f.; Bruns, JR 1981, 358, 360.

¹⁷³ Dahingehend etwa Günther, NJW 1982, 353, 355 f.

¹⁷⁴ MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 46.

schuldigungsnotstands und hierauf gerichteten Irrtümern aufweisen¹⁷⁵. Eine Ungleichbehandlung dieser Fälle in der Tenorierung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Ungenauigkeit der Gesetzesbezeichnung für derartige Fälle geminderter Schuld ist letztlich eine notwendige Begleiterscheinung einer um Abstraktion und Einzelfallgerechtigkeit bemühten Gesetzgebungstechnik und ist vom Angeklagten, für den im Übrigen in erster Linie die Rechtsfolge und weniger die Bezeichnung der Tat von Bedeutung ist, hinzunehmen¹⁷⁶.

VI. Fazit

Die vorliegenden Überlegungen sollten Möglichkeiten, Chancen und Risiken von Rechtsfolgenlösungen beim Mord in ausgewählter Schwerpunktsetzung und unter Einbeziehung eigener Wertungen aufzeigen. Ob und inwieweit man derartigen Lösungen bei einer Reform der Tötungsdelikte näher treten möchte, wird vor allem davon abhängen, inwieweit man die bislang gewählte Abschichtung von Mord und Totschlag für sachgerecht erachtet, welche kriminalpolitische Einstellung man gegenüber der lebenslangen Freiheitsstrafe einnimmt und inwieweit man der Überzeugung ist, dass die bisherige Ausgestaltung und Auslegung des Mordtatbestandes geeignet ist, zu schuldangemessenen Lösungen zu führen. Wenn man sich zudem die denkbaren Alternativlösungen vor Augen führt, gelangt man vielleicht zu der im Rahmen der Beratungen der Großen Strafrechtskommission mit Blick auf die Reform der Tötungsdelikte geäußerten Einschätzung von Jescheck aus dem Jahr 1958¹⁷⁷:

"Ich glaube, dass alle Lösungen, die ins Auge gefasst wurden, ihre Mängel haben und dass es darum geht, jene zu finden, deren Mängel noch am geringsten erscheinen. Wenn man dies bedenkt, erscheint die Lösung des geltenden Rechts eigentlich ganz brauchbar."

¹⁷⁵ Vgl. nur BGHSt BGH, Beschl. v. 2.8.1983, 5 StR 503/83, NStZ 1984, 20 (Haustyrann); BGH, Urt. v. 25.03.2003, 1 StR 483/02, BGHSt 48, 255 (Haustyrann).

¹⁷⁶ So auch MüKo-Schneider, StGB, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 46; Rengier, NStZ 1982, 225, 229; Kratzsch, JA 1982, 401, 405.

¹⁷⁷ Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission [Niederschriften], 7. Band, Besonderer Teil, 1959, S. 31; Jescheck hält freilich eine "Korrekturmöglichkeit für die mildere Beurteilung atypischer Fälle unerlässlich" (s. hierzu bereits oben sub II. 2).

12. VRinLG Regina Rieker-Müller und RiAG Dr. Jan Schady

Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?

A. Vorbemerkungen

Die Frage nach einem etwaigen Änderungsbedarf bezogen auf § 57a StGB weist über den Bereich der Tötungsdelikte hinaus, denn diese Vorschrift des allgemeinen Teils betrifft nicht nur Verurteilungen aufgrund von §§ 211 oder 212 Abs. 2 StGB, sondern sämtliche Anwendungsfälle der lebenslangen Freiheitsstrafe.¹ Bedenkt man aber, dass lebenslange Freiheitsstrafen de facto nahezu ausschließlich nach § 211 StGB verhängt werden,² so ist es angezeigt, die Vorschrift des § 57a StGB in die Überlegungen zur Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte einzubeziehen, wie dies in einigen Vorschlägen auch geschieht bzw. geschehen ist.³

Die zu erörternde Frage, ob sich Änderungen des § 57a StGB empfehlen, setzt zudem voraus, dass an der lebenslangen Freiheitsstrafe als Sanktion für schwerstes Unrecht im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte festgehalten werden soll, sei es in Form einer absoluten bzw. obligatorischen Strafdrohung, sei es in Form einer fakultativen Strafdrohung.⁴ Die (Vor-) Frage nach einem möglichen Verzicht auf die Sanktionsform der lebenslangen Freiheitsstrafe⁵ ist also ausdrücklich nicht Gegenstand dieses Beitrags.

Und eine letzte Vorbemerkung: Die folgenden Überlegungen zu Reformbedarf und -ansätzen bei § 57a StGB verstehen sich keinesfalls als abschließend. Reformvorschläge zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten allgemein und der lebenslangen Freiheitsstrafe und ihrer Vollstreckung im Besonderen füllen bildlich gesprochen ganze Bibliotheken. Eine systematische Auswertung aller Reformvorschläge und -überlegungen in der Rechtsliteratur und im rechtspolitischen Raum würde den Rahmen des Beitrags sprengen. Einen Überblick über den Stand der Diskussion zu § 57a StGB vermittelte zuletzt die 2011 erschienene Monografie von Steinhilber, Mord und Lebenslang.

¹ Eine Übersicht über sämtliche im StGB und VStGB enthaltenen Tatbestände, die eine lebenslange Freiheitsstrafe vorsehen, enthält das Referat von Kinzig, Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe (siehe XI. 5., dort unter I. 1., Tab. 1 und 2).

² S. das Referat von Kinzig (XII. 5.), dort IV. 2., sowie Dessecker, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen, 2014, S. 13/14: In 96 % der durch die Strafverfolgungsstatistik ausgewiesenen Fälle einer Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe beruhte die Rechtsfolge auf § 211 StGB.

³ Nur beispielhaft genannt seien folgende Entwürfe bzw. Papiere: Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), GA 2008, 193; Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Reform der Tötungsdelikte, Gutachten im Auftrag des BMJ 2000; Deckers/Fischer/König/Bernsmann, Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, NSTZ 2014, 9; DAV Stellungnahme Nr. 1/2014.

⁴ Ausführlich dazu das Referat von Reinhard, Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB) (XI. 11.), dort unter IV.

⁵ Für deren Abschaffung z. B. Nestler/Uwer, Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, in: freispruch 5/2014, S. 17-20.

B. Bestehender Rechtszustand

Die Beantwortung der Frage, ob sich Änderungen der Regelung zur Strafrestausssetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe empfehlen, erfordert eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts und seiner Anwendungspraxis. § 57a StGB wurde 1981⁶ in das StGB eingefügt, nachdem das BVerfG in seinem Urteil vom 21. Juni 1977⁷ die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit der Maßgabe bejaht hatte, dass die Voraussetzungen und das Verfahren für die Entscheidung über eine Strafrestausssetzung gesetzlich geregelt werden:

„Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, daß dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln.“ (BVerfGE 45, 187 - Leitsatz 3)

I. Entstehungshintergrund des § 57a StGB

Bis dato war eine Entlassung aus dem Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur im Wege der (nicht justitiablen) Gnadenentscheidung möglich (vgl. Art. 60 GG, § 452 StPO). Wie sich einer im Urteil vom 21. Juni 1977 zitierten Stellungnahme der Bundesregierung entnehmen lässt, waren seinerzeit „nahezu alle Bundesländer dazu übergegangen, nach einer gewissen Haftzeit die Gnadenfrage von Amts wegen zu prüfen.“⁸ Das BVerfG berichtet aaO. in den Entscheidungsgründen über die Ergebnisse einer Erhebung des Zweiten Senats zur Verhängungs- und Vollstreckungspraxis sowie zur Gnadenpraxis der Länder in dem Zeitraum vom 8. Mai 1945 bis 31. Dezember 1975 und gibt die durchschnittliche Verbüßungsdauer mit „etwa 20 Jahren“ an.⁹ Die Entscheidungsgründe verdeutlichen, dass das BVerfG die seinerzeitige Entlassungspraxis nicht als solche, sondern deren fehlende Justitiabilität für verfassungswidrig hielt. So prognostizierte das BVerfG, dass die von Verfassungs wegen gebotene

⁶ 20. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) vom 8. Dezember 1981, BGBl. I, 1329. Zu redaktionellen Änderungen (Anpassung an Änderungen des § 57 StGB) s. LK/StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Entstehungsgeschichte.

⁷ BVerfGE 45, 187.

⁸ BVerfGE aaO., Rn. 55 - zit. nach Juris.

⁹ BVerfGE aaO., Rn. 78 ff. und Rn. 181- zit. nach Juris. Zur Begnadigungspraxis s. auch die Antwort der Bundesregierung vom 26. Oktober 1973 auf eine Kleine Anfrage der CDU/CSU-Bundestagsfraktion „Begnadigung von zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Personen“, BT-Drs. 7/1171.

„Verrechtlichung der Entlassungspraxis“ eine „offene Fixierung des bereits weitgehend bestehenden tatsächlichen Zustandes“ zur Folge haben werde.¹⁰

Ein erster Regierungsentwurf der 8. Legislatur¹¹ sah einen bereits im Wesentlichen der heutigen Fassung entsprechenden § 57a StGB-E vor. Das in diesem Entwurf alternativ neben der besonderen Schwere der Schuld stehende Merkmal „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ empfahl der Rechtsausschuss des Bundestags zu streichen;¹² im später gewordenen (s. Fn. 6) Entwurf der 9. Legislatur¹³ war es nicht mehr enthalten. Der Bundesrat scheiterte mit seinem Versuch, die im Gesetzentwurf vorgesehene 15-jährige Mindestverbüßungsdauer (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. StGB-E) auf 18 Jahre anzuheben.¹⁴ Durch das 23. StrÄndG von 1986 wurde erstmals die Bildung einer Gesamtstrafe unter Einbeziehung auch lebenslanger Einzelfreiheitsstrafen ermöglicht (§ 54 Abs. 1 S. 1 StGB); für diese Fälle wurde zugleich § 57b StGB als Annex zur Schuldschwereklausel (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) eingefügt.¹⁵

II. Lagebild

In seinem Beitrag „Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe“ widmet sich Prof. Kinzig etlichen rechtlichen und rechtspraktischen Aspekten der Vollstreckungspraxis unter der Geltung des § 57a StGB. Was die Analyse der Rechtsprechung zu § 57a StGB und die empirischen Befunde zur Vollstreckungspraxis anbelangt, möchten wir uns zur Vermeidung von Wiederholungen im Wesentlichen auf seine Ausführungen beziehen:

Die Zahl der Strafgefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe am 31.03.2013 betrug demnach 1.994, 60% von ihnen waren zwischen 40 und 60 Jahre alt, 14,5% waren älter.¹⁶ Ausweislich einer Stichtagserhebung für das Land Hessen zum 31.03.2011 war bei 24% der einsitzenden Lebenslänglichen eine besondere Schwere der Schuld angenommen worden.¹⁷ Weitere (allgemein zugängliche) diesbezügliche Zahlen existieren laut Kinzig nicht und waren auch von uns nicht zu erlangen. Eine Durchsicht der durch das Landgericht Stuttgart durch die beiden Schwurgerichtskammern in den Jahren 2009 bis einschließlich 2014 gesprochenen Urteile mit lebenslanger Freiheitsstrafe ergab, dass in insgesamt 13 Fällen le-

¹⁰ BVerfGE aaO., Rn. 186 und 206.

¹¹ BT-Drs. 8/3218.

¹² BT-Drs. 8/3857, S. 12.

¹³ BT-Drs. 9/22.

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 9/825 (Anrufung des Vermittlungsausschusses), 9/896 (Einspruch des Bundesrats) und 9/959 (Antrag der Regierungsfractionen auf Zurückweisung des Einspruchs). 2003 erhielt ein Gesetzesantrag Bayerns, der u. a. eine Anhebung der Mindestverbüßungsdauer auf 20 Jahre vorsah, im Bundesrat keine Mehrheit („Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor schweren Straftaten“, BR-Drs. 850/02; zustimmend Hinz ZRP 2003, 322).

¹⁵ LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57b Rn. 1.

¹⁶ Kinzig aaO., S. 38 und 40.

¹⁷ Kinzig aaO., S. 52.

benslang verhängt wurde, wobei in 2 dieser Fälle, also in ca. 15%, die besondere Schwere der Schuld festgestellt wurde.

Die durchschnittliche Verbüßungsdauer aller im Jahre 2013 auf Bewährung entlassenen, zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten (ohne Unterscheidung danach, ob eine besondere Schuldschwere vorlag) betrug 20,3 Jahre.¹⁸ Dies entspricht ziemlich exakt dem Wert, den 1977 das Bundesverfassungsgericht für den Zeitraum Mai 1945 bis Dezember 1975 ermittelt hatte (s. Fn. 9). Im Ergebnis hat sich also die Entlassungspraxis seit Inkrafttreten des § 57a StGB kaum verändert. Bei Verurteilten mit besonderer Schuldschwere übersteigt die Verbüßungsdauer im Allgemeinen nicht 25 Jahre.¹⁹

III. Materielle Voraussetzungen²⁰ der Strafrestausssetzung (kumulativ)

1. Ablauf der Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

In allen Fällen der lebenslangen Freiheitsstrafe, also unabhängig von einer besonderen Schwere der Schuld, ist für die Strafrestausssetzung vorausgesetzt, dass 15 Jahre der Strafe verbüßt sind (zur Berechnung der Verbüßungsdauer s. § 57a Abs. 2 StGB). Diese erste Voraussetzung der Strafrestausssetzung wird gewöhnlich als Mindestverbüßungsdauer tituliert. Der Begriff der Mindestverbüßungsdauer wird allerdings mehrdeutig gebraucht, nämlich einerseits als Synonym für die Frist des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB,²¹ andererseits als Umschreibung für das in den Fällen der besonderen Schuldschwere festzulegende Höchstmaß der ausschließlich schuldbedingten Inhaftierung:²² Da § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB als weitere Voraussetzung der Strafrestausssetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe eine günstige Legalprognose vorschreibt, markiert das *Höchstmaß* der ausschließlich schuldbedingten Inhaftierung zugleich die *Mindestdauer* bezogen auf die Inhaftierung insgesamt. In den Fällen *ohne* besondere Schuldschwere legt das Gesetz das Höchstmaß der ausschließlich schuldbedingten Inhaftierung unmittelbar und unveränderlich auf 15 Jahre fest (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 iVm. Nr. 2 StGB). In den Fällen *mit* besonderer Schuldschwere ist das Höchstmaß hingegen durch das Vollstreckungsgericht nach Ablauf der 15-Jahres-Frist des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB erst noch festzulegen.²³ In diesen Fällen kann (und wird regelmäßig) das

¹⁸ Kinzig aaO., S. 42.

¹⁹ LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 20 unter Hinweis auf Heine GA 2000, 305 (316).

²⁰ Gemeint sind hier die materiell-rechtlichen Voraussetzungen in Abgrenzung zu den prozessualen Voraussetzungen gemäß §§ 454, 462a StPO (siehe B. IV.); MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 7 ff. unterscheidet demgegenüber innerhalb des § 57a StGB zwischen „formellen“ (Mindestverbüßungszeit und Einwilligung) und „materiellen“ (Kriminalprognose, Schuldschwereklause) Voraussetzungen; die abweichende Terminologie ist inhaltlich ohne Konsequenz.

²¹ Alternativ finden die Bezeichnungen „Mindestverbüßungszeit“ (MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 8; LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 6 f.; SK-StGB/Schall § 57a Rn. 3) oder „Mindestmaß“ (Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 5) Verwendung.

²² Vgl. Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 14: „nachträgliche Abkürzung der vom Vollstreckungsgericht rechtskräftig festgesetzten Mindestverbüßungsdauer“; MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 11.

²³ BVerfGE 86, 288; sog. Schwurgerichtslösung.

Höchstmaß der ausschließlich schuldbedingten Inhaftierung die in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB vorgesehene 15-Jahres-Frist übersteigen, muss es aber nicht.²⁴

Um terminologische Unschärfen zu vermeiden, wird vorgeschlagen, einheitlich von einer „Schuldverbüßungsdauer“ als dem Zeitraum zu sprechen, in welchem die Inhaftierung unabhängig von einer positiven Legalprognose andauert.²⁵ Das Mindestmaß dieser Schuldverbüßungsdauer ist in allen Fällen durch § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB markiert. Ihr Höchstmaß hingegen hängt von der Feststellung einer besonderen Schuldschwere ab: *Ohne* besondere Schuldschwere ist das Höchstmaß identisch mit dem Mindestmaß, während es *mit* besonderer Schuldschwere

- gerichtlich festzulegen ist,
- das Mindestmaß übersteigen kann und
- gesetzlich nicht begrenzt ist (keine Obergrenze).

2. Keine Gebotenheit der weiteren Vollstreckung wegen besonderer Schwere der Schuld, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

Für eine Strafrestaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe ist gem. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zudem vorausgesetzt, dass die „besondere Schwere der Schuld“ des Verurteilten die weitere Vollstreckung nicht „gebietet“; für die Fälle einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtfreiheitsstrafe gilt ergänzend § 57b StGB (siehe B. I.). Nach Maßgabe der sog. Schwurgerichtslösung des BVerfG (E 86, 288) sind folgende (Unter-) Varianten denkbar:

- Var. 1: keine besondere Schwere der Schuld im Urteil festgestellt
- Var. 2: besondere Schwere der Schuld im Urteil festgestellt
 - ⇒ Untervar. 1: kein „Gebotensein“ weiterer Vollstreckung
 - ⇒ Untervar. 2: Erreichen des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer

a) „Besondere Schwere der Schuld“

Der Begriff der „besonderen Schwere der Schuld“ ist weder in §§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 57b StGB noch an anderer Stelle des Gesetzes näher definiert bzw. konkretisiert. Er ist, anders als der Begriff der „geringen Schuld“ (vgl. §§ 113 Abs. 4 S. 1 [2. Var.], 129 Abs. 5 StGB, § 153 Abs. 1 S. 1 StPO) oder der „Schwere der Schuld“ (§ 153a Abs. 1 S. 1 StPO, § 17

²⁴ Vgl. SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a StGB Rn. 13 („Mehrverbüßungsdauer“), und MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 21 („Mehrverbüßungszeit“). Insofern könnte man in den Fällen mit besonderer Schuldschwere auch von einer „Mindest-Mindestverbüßungsdauer“ im Sinne einer Untergrenze der ausschließlich schuldbedingten Inhaftierung sprechen.

²⁵ Dem Begriff ist in der Diskussion entgegengehalten worden, dass die Schuld des Täters bis zuletzt, also auch nach Eintritt in die sog. hybride Phase die Grundlage für die Vollstreckung bildet. Dieser Einwand trifft zwar zu, er blendet aber aus, dass nach Erreichen der „Mindestverbüßungsdauer“ (Beginn der hybriden Phase) die Schuld des Täters dessen Inhaftierung nurmehr *rechtfertigt*, sie hingegen nicht länger *erfordert*.

Abs. 2, 2. Var. JGG) im materiellen wie formellen Strafrecht singulär.²⁶ Die Gesetzesmaterialien zu § 57a StGB erläutern zwar Sinn und Zweck der Schuldschwereklausel (Berücksichtigung unterschiedlicher Grade der Schuld durch Differenzierung innerhalb der lebenslangen Freiheitsstrafe²⁷), geben für eine nähere inhaltliche Eingrenzung des Merkmals jedoch wenig her.²⁸ Dementsprechend ist die Definition in ihren Einzelheiten bis heute umstritten.²⁹ Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat in seiner Leitentscheidung vom 22. November 1994 ausgeführt, der Tatrichter müsse „ohne Bindung an begriffliche Vorgabe die schuldrelevanten Umstände“ ermitteln und gewichten und sodann „im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit“ die Schuld daraufhin zu bewerten, ob sie besonders schwer ist; die Feststellung der besonderen Schuldschwere komme nur bei Umständen in Betracht, „die Gewicht haben“.³⁰ Fraglich ist insbesondere die Bestimmung eines Bezugspunkts für die Bemessung gerade des „besonderen“ Gewichts. Die überwiegende Literaturmeinung verlangt ein Schuldmaß, das die tatbestandlichen Mindestvoraussetzungen für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe deutlich übersteigt.³¹

Ungeachtet aller Schwierigkeiten bei der Definition der „besonderen Schwere der Schuld“ haben sich in der Praxis im Wesentlichen folgende Fallgruppen herauskristallisiert:³²

- Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale,³³
- besondere Art, Intensität oder Begleitumstände der Begehung,³⁴
- eine Mehrzahl von Opfern³⁵ sowie
- tateinheitliche oder tatmehrheitliche (s. § 57b StGB) Begehung weiterer Straftaten.³⁶

b) Gebotenheit der weiteren Vollstreckung (Bestimmung der Schuldverbüßungsdauer)

Das Merkmal des „Gebotenseins“ der weiteren Vollstreckung hat neben dem (durch das Tatgericht festzustellenden) Kriterium der besonderen Schuldschwere als solcher eigenständige Bedeutung. Im Rahmen einer „vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung“ hat das Voll-

²⁶ In § 105 Abs. 3 S. 2 JGG idF. 4.9.2012 ist dieser Begriff erkennbar übernommen worden, wenngleich die Gesetzgebung offenlässt, ob er in einem identischen Sinne wie in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB verstanden werden soll (vgl. BT-Drs. 17/9389, S. 8, 20).

²⁷ BT-Drs. 8/3218, S. 7, und BT-Drs. 9/22, S. 6.

²⁸ BT-Drs. 8/3218, S. 7/8: „Ausgangspunkt aller dieser Überlegungen bildet damit der Schuldbegriff des § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB, dessen Inhalt durch den Entwurf nicht geändert werden soll.“

²⁹ Vgl. die Kommentierungen bei Fischer, StGB, 62. A., § 57a R. 6 ff.; SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a Rn. 8 ff.; LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 13 ff.; MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 18 f.

³⁰ BGHSt 40, 360 (370); krit. MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 18 („tautologisch“).

³¹ Nachw. bei Fischer aaO., Rn. 10, und Schall aaO., Rn. 8a („bis heute ungelöste[s] Problem“).

³² Analyse der Rechtsprechung im Referat von Kinzig (XI. 5.), dort unter III. 2.

³³ BGH NSTZ 2009, 203 (204): „Das Zusammentreffen zweier Mordmerkmale führt nicht schematisch zur Bejahung der besonderen Schuldschwere, sondern nur dann, wenn das weitere Merkmal im konkreten Fall schulderhöhende Umstände aufzeigt“; zweifelnd Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 11a.

³⁴ Nachw. bei Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 11a.

³⁵ Nachw. bei MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 18.

³⁶ Vgl. die in BVerfGE 86, 288, Rn. 58 (zit. nach Juris), wiedergegebenen Ergebnisse einer Länderumfrage.

streckungsgericht eine eigene, auf seinen Entscheidungszeitpunkt bezogene Würdigung vorzunehmen und zu bestimmen,

(1.) ob und

(2.) bejahendenfalls für welchen Zeitraum

die besondere Schwere der Schuld eine Vollstreckung über die sog. Mindestverbüßungsdauer (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) hinaus gebietet. Dabei kommt neben der im Urteil festgestellten Schuld des Täters vor allem der weiteren Entwicklung des Verurteilten im Vollzug Bedeutung zu.³⁷ Ein Rückgriff auf Gesichtspunkte der „Verteidigung der Rechtsordnung“ ist unzulässig (s. B. I., Fn. 12). Systemfremd fließt hier die Schuldschwere, die bei zeitiger Freiheitsstrafe in der festgesetzten Strafhöhe ihren Ausdruck findet (§ 46 Abs. 1 StGB), in die - sich bei zeitiger Freiheitsstrafe an Prognosegesichtspunkten (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ausrichtende - Vollstreckungsentscheidung ein.

c) Zuständigkeit des Tatgerichts und des Vollstreckungsgerichts

Die für die Bewertung der Schuld erheblichen Tatsachen sind durch das Tatgericht festzustellen. Eine besondere Schwere der Schuld ist in der Urteilsformel auszusprechen, eine Verneinung lediglich in den Urteilsgründen darzulegen. Über die vollstreckungsrechtlichen Folgen der besonderen Schuldschwere (Mindest- bzw. Schuldverbüßungsdauer) entscheidet später das Vollstreckungsgericht, weshalb das Tatgericht sich jeglicher Ausführungen zur Verbüßungsdauer zu enthalten hat. Die Feststellungen des Tatgerichts zur Schuldschwere haben bindende Wirkung für das Vollstreckungsgericht bei der Bestimmung der Vollzugsdauer (BVerfGE 86, 288; sog. Schwurgerichtslösung).

3. Positive Legalprognose, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 iVm. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

Für die weitere Voraussetzung einer günstigen Prognose gelten qua Verweisung auf § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB im Grundsatz dieselben Voraussetzungen wie bei der Strafrestausssetzung einer zeitigen Freiheitsstrafe.³⁸ Die Strafrestausssetzung muss „unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden“ können; bezüglich künftiger Straftaten ist ggf. ein vertretbares Restrisiko einzugehen.³⁹ Soweit es um die Gefahr schwerer Gewalttaten geht, wirken Zweifel sich zulasten des Verurteilten aus.⁴⁰ Je länger der Freiheitsentzug andauert, umso strengere Maßstäbe sind an die Verhältnismäßigkeit

³⁷ LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 17; SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a Rn. 12; Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 16.

³⁸ MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 10 mwN.

³⁹ BVerfGE 117, 71, Rn. 85 ff. - zit. nach Juris.

⁴⁰ Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 19 mwN.

einer Haftfortdauer anzulegen.⁴¹ Gemäß § 454 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO ist das Vollstreckungsgericht verpflichtet, zur Beurteilung der Prognose das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen.

4. Einwilligung des Verurteilten, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB
Durch wiederum einen Verweis auf die Regelung zur Strafrestauesetzung bei zeitiger Freiheitsstrafe steht die Entlassung unter der Bedingung einer Einwilligung des Verurteilten. Verweigert der Verurteilte seine Einwilligung, so ist die Strafrestauesetzung schon mit dem Hinweis darauf abzulehnen und eine ansonsten ggf. erforderliche Entscheidung über das Höchstmaß der schuldbedingten Verbüßungsdauer entbehrlich.⁴² Rechtspolitisch ist das Einwilligungserfordernis umstritten (Recht des Verurteilten, auch des ungefährlichen, auf lebenslangen Strafvollzug?).⁴³

IV. Verfahren der Strafrestauesetzung

Das Verfahren zur Entscheidung über die Strafrestauesetzung bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe richtet sich nach §§ 454, 462a StPO, die durch die Entscheidung des BVerfGE 86, 288 („Schwurgerichtslösung“) ihre bis heute gültige verfassungskonforme Auslegung erfahren haben. Zuständig ist das Vollstreckungsgericht, welches auf Antrag oder von Amts wegen entscheidet.

Aus § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2b StPO wird geschlossen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von einer Einleitung des Prüfungsverfahrens nach einer Vollzugsdauer von 13 Jahren ausgeht. Dieser Vorlauf wird benötigt, um ausreichende Beurteilungsgrundlagen (idR. nach Verteidigerbestellung die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Prognose, die Anhörung der Staatsanwaltschaft, der Vollzugsanstalt und des Verurteilten) zu schaffen und ggf. Entlassungsvorbereitungen zu treffen. Eine Entscheidung zu einem früheren Zeitpunkt ist im Einzelfall möglich, ein darauf gerichteter Antrag zulässig. Dies heißt im Umkehrschluss, dass idR. zu einem früheren Zeitpunkt gestellte Anträge unzulässig sind.

Hält das Vollstreckungsgericht im Zeitpunkt der erstmaligen Überprüfung eine weitere Vollstreckung wegen der (durch das Tatgericht im Urteil festgestellten) besonderen Schuld schwere für geboten, so muss es zugleich das Höchstmaß der schuldbedingt gebotenen Verbüßungsdauer festlegen. Eine erneute Entscheidung über die Strafrestauesetzung erfolgt dann von Amts wegen spätestens vor Erreichen des Höchstmaßes. Die rechtskräftig erfolgte Festsetzung der schuldbedingt gebotenen Vollzugsdauer ist für das weitere Vollstreckungs-

⁴¹ BVerfGE 117, 71, Rn. 89 - zit. nach Juris.

⁴² SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a Rn. 15 mwN.

⁴³ S. Schall aaO. und Fischer aaO., Rn. 21, jeweils mwN.

verfahren grundsätzlich bindend. Jedoch kann die schuldbedingte Vollstreckungsdauer nachträglich reduziert werden, wenn sich die für die Beurteilung maßgeblichen Verhältnisse des Gefangenen zu dessen Gunsten verändert haben.

Nach Erreichen des Höchstmaßes der schuldbedingten Vollstreckungsdauer, anders ausgedrückt: mit Eintritt in die sog. hybride Phase („Sicherungsüberhang“), kennt das Verfahren gem. § 57a StGB kein System wiederkehrender gesetzlicher Überprüfung der Aussetzungsfrage. Es wird davon ausgegangen, dass der Verurteilte die entsprechenden Anträge stellt bzw. die Staatsanwaltschaft die Aussetzungsfrage von Amts wegen prüft (BVerfGE 86, 288), wobei das Gericht im Rahmen jeder Überprüfung gem. § 57a Abs. 4 eine „Sperrfrist“ von maximal 2 Jahren verfügen kann.

V. Folgeentscheidungen

Die Regelungen zu den Folgeentscheidungen

- im Falle der Strafrestaussatzung (Bewährungszeit, Auflagen und Weisungen, Widerruf, § 57a Abs. 3 StGB) bzw.
- im Falle der Nichtaussetzung (Sperrfrist, § 57a Abs. 4 StGB)

entsprechen, mit punktuellen Abweichungen, den für die Straf(rest)aussetzung zeitiger Freiheitsstrafen geltenden Vorschriften. Sie sind, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand von Kritik, so dass auf eine Darstellung der Einzelheiten⁴⁴ verzichtet wird.

C. Änderungsbedarf und -möglichkeiten

I. Streichung des § 57a StGB

Wie in den Vorbemerkungen ausgeführt, hängt die Frage nach der Notwendigkeit von Änderungen des § 57a StGB bis hin zu einem vollständigen Verzicht auf die Vorschrift untrennbar mit dem Fortbestand der Sanktionsform der lebenslangen Freiheitsstrafe als solcher zusammen: Wer für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe plädiert, dem stellen sich Fragen nach den Modalitäten ihrer Vollstreckung nicht mehr; eine Streichung des § 57a StGB (und des § 57b StGB) wäre die zwingende Folge.⁴⁵ Im Falle des - in diesem Beitrag unterstellten - Festhaltens an der lebenslangen Freiheitsstrafe hingegen bedürfen die Modalitäten der Entlassung (weiterhin) einer gesetzlichen Regelung (BVerfGE 45, 187).

Eine Streichung des § 57a StGB insgesamt scheidet deshalb aus.

⁴⁴ Siehe dazu MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 23 f.; LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 31 f.

⁴⁵ Folgerichtig offen gelassen durch Nestler/Uwer, Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, in: freispruch 5/2014, S. 17-20, wengleich sich die Stellungnahme letztlich auf die vorsätzlichen Tötungsdelikte beschränkt.

II. Frist des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB (sog. Mindestverbüßungsdauer)

Der Gesetzgeber hat die sog. Mindestverbüßungsdauer⁴⁶ von 15 Jahren im Hinblick darauf festgelegt, dass sie einen ausreichenden Abstand zu den Aussetzungsmöglichkeiten bei der höchsten zeitigen Freiheitsstrafe von 15 Jahren (idR. nach zwei Dritteln, § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) gewährleistet.⁴⁷ Dies leuchtet ein vor dem Hintergrund, dass eine zeitige Freiheitsstrafe ggf. für die gesamte Dauer von 15 Jahren („zentral“) vollstreckt werden kann. Somit ist gewährleistet, dass die Inhaftierung im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe in keinem Falle früher beendet werden kann als im Falle einer zeitigen Freiheitsstrafe.

Eine Notwendigkeit, die sog. Mindestverbüßungsdauer zu *verlängern*, ist trotz der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung nicht ersichtlich, zumal die tatsächliche Verbüßungsdauer ohnehin erheblich über dem Mindestmaß liegt (20,3 Jahre im Jahr 2013).⁴⁸ Eine Gesetzesinitiative Bayerns zur Anhebung der Frist des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB von 15 auf 20 Jahre fand 2003 im Bundesrat keine Mehrheit.⁴⁹ Eine Anhebung der Mindestverbüßungsdauer für einzelne Fallgruppen bzw. Mordmerkmale sieht der Alternativ-Entwurf-Leben (AE-Leben) von 2008⁵⁰ vor, bei vollständigem Verzicht auf (und insofern als Ersatz für) die Schuldschwereklausel (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB); näheres dazu unter III. 1.

Würde die Mindestverbüßungsdauer auf unter 15 Jahre *verkürzt*, so könnte ein wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilter im Einzelfall früher als ein „nur“ wegen Totschlags Verurteilter aus der Haft entlassen werden. Dieses Ergebnis erscheint sowohl systematisch als auch unter Gerechtigkeitsaspekten unangemessen. Dazu kommt, dass angesichts der weit höheren tatsächlichen durchschnittlichen Vollstreckungsdauer (20,3 Jahre), sei es ohne oder mit besonderer Schuldschwere, bei der bestehenden Regelung für die Vollstreckungsgerichte noch genügend Raum nach unten (15 Jahre) besteht, der erforderlichenfalls genutzt werden kann.

Ein Bedarf, die gesetzlich festgelegte Mindestverbüßungsdauer zu verändern, ist daher nicht zu erkennen.

⁴⁶ Zur Terminologie s. B. III. 1.

⁴⁷ Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 57 a Rn. 5.

⁴⁸ Siehe B. II.

⁴⁹ Gesetzesantrag Bayerns „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor schweren Straftaten“, BR-Drs. 850/02; zustimmend Hinz ZRP 2003, 322, der sich für eine gleichzeitige Anhebung des Höchstmaßes der zeitigen Freiheitsstrafe auf 20 Jahre ausspricht.

⁵⁰ GA 2008, 193 (202 und 259 ff.).

III. Merkmal der besonderen Schuldschwere, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

1. Streichung des Merkmals

Einen Verzicht auf die Schuldschwere-Klausel schlagen beispielsweise die Autor(inn)en des Alternativ-Entwurfs Leben (AE-Leben) von 2008 vor, die dies durch eine gleichzeitige Differenzierung bei der Mindestverbüßungsdauer flankieren bzw. kompensieren möchte (20 statt 15 Jahre bei Fällen, „in denen die Lebenssicherheit der Allgemeinheit in herausgehobener Weise bedroht wird“). Da unter dem Gesichtspunkt der Schwere des Unrechts und der Bedrohlichkeit für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit die mit der Höchststrafe zu ahnenden Fälle ein „breites Spektrum von Verhaltensweisen“ erfassten, erscheine „eine Berücksichtigung bei den Rechtsfolgen zwingend“. Eine Anhebung der Mindestverbüßungsdauer in den besonders schweren Fällen sei als abstrakt-generelle Regelung gegenüber individualisierenden Lösungen wie der Schuldschwereklausel vorzugswürdig.⁵¹

Noch einen Schritt weiter geht der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins (DAV), der eine ersatzlose (zugleich „kompensationslose“) Streichung des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB⁵² vorsieht und zur Begründung anführt, „die zu dieser Klausel von höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelten Gesichtspunkte könn[t]en in die Strafzumessung einfließen“.⁵³

Für einen Verzicht auf die Schuldschwereklausel spricht der damit einhergehende Gewinn an Rechtssicherheit und an Vorhersehbarkeit (aus Sicht des Verurteilten) der Verbüßungsdauer. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass infolge einer Streichung, selbst bei gleichzeitiger fallgruppenbezogener Anhebung der Mindestverbüßungsdauer, die durchschnittliche Verbüßungsdauer gegenüber dem heutigen Rechtszustand wohl deutlich sinken würde. Ob dies *für* oder *gegen* einen Verzicht auf die Schuldschwereklausel spricht, liegt im Auge des jeweiligen Betrachters.

Gegen eine ersatzlose Streichung der Schuldschwereklausel spricht, dass eine Abstufung innerhalb der mit der Höchststrafe bedrohten Fälle zwischen schweren und schwersten Fällen vorsätzlichen Tötungsunrechts nicht mehr möglich wäre, was ein Weniger an Einzelfallgerechtigkeit bedeutet. Nach unserer Auffassung ist eine solche Differenzierung aber unabhängig davon geboten, ob man an der lebenslangen Freiheitsstrafe in Form einer absoluten bzw. obligatorischen oder in Gestalt einer fakultativen Strafdrohung festhalten möchte.

Wir können deshalb einen Verzicht auf die Schuldschwereklausel nicht empfehlen.

⁵¹ GA 2008, 193 (202 und 259 f.).

⁵² Welche konsequenter Weise auf § 57b StGB zu erstrecken wäre.

⁵³ DAV, Stellungnahme 1/2014, S. 4 u. 33.

2. Konkretisierung der Voraussetzungen der besonderen Schuldschwere

Gegen das Merkmal der „besonderen Schwere der Schuld“ wird vielfach eingewandt, dass es zu unbestimmt gefasst sei.⁵⁴ Fakt ist, dass weder Gesetzestext noch -materialien eine nähere inhaltliche Eingrenzung vornehmen und die Auslegung des Merkmals bis heute umstritten ist (oben B. III. 2. a) [1]). Eine gesetzliche Konkretisierung der besonderen Schuldschwere könnte in offener Form geschehen, durch eine nicht abschließende Aufzählung („insbesondere“) von Fallgruppen oder auch Regelbeispielen („liegt regelmäßig vor, wenn“). Steinhilber z. B. schlägt folgende Konkretisierung vor:

„Von einer besonderen Schwere der Schuld ist insbesondere auszugehen, wenn der Täter neben lebenslanger Freiheitsstrafe eine weitere zeitige Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren verwirkt hat oder wenn das für die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe erforderliche Schuldmaß ansonsten erheblich überschritten ist.“⁵⁵

Gegen eine offene Formulierung lässt sich einwenden, dass sie gegenüber dem bestehenden Rechtszustand keine wesentliche Änderung bedeuten würde, da neben den genannten Fallgruppen weiterhin auch andere Konstellationen subsumierbar wären und ein einheitlicher Maßstab bzw. Bezugspunkt für die Bewertung der Schuld als besonders schwer fehlt.

Eine weitergehende Möglichkeit bestünde in einer abschließenden Aufzählung der Umstände, die zur Annahme einer besonderen Schwere der Schuld führen können.⁵⁶ Dies brächte ein Mehr an Rechtssicherheit und Bestimmtheit, würde es jedoch andererseits nicht mehr erlauben, atypische Konstellationen zu erfassen.

Für eine gesetzliche Konkretisierung der Voraussetzungen der besonderen Schuldschwere sprechen der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) und die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, wonach Tatbestand und Rechtsfolge staatlicher Eingriffsnormen umso genauer zu regeln sind, je schwerwiegender der Eingriff in Grundrechte ist. Die Feststellung der besonderen Schuldschwere bewirkt im Ergebnis eine erhebliche Anhebung der Verbüßungsdauer (etwa 5 bis 10 Jahre „Mehrverbüßungszeit“⁵⁷), wengleich genaue Daten zur Vollzugsdauer nicht zu erlangen sind.⁵⁸ Faktisch bewirkt die Feststellung der besonderen Schuldschwere einen weiteren „Sanktionensprung“ innerhalb der mit der Höchststrafe bedrohten Fälle, also einen gegenüber dem Regelvollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe

⁵⁴ Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2011, S. 177; NK-StGB/Dünkel, 4. A., § 57a Rn. 7 mwN.; MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 12: „rechtsstaatliche und systematische Bedenken nicht völlig von der Hand zu weisen“.

⁵⁵ Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2011, S. 264.

⁵⁶ So beispielsweise die Forderung im Referat von Kinzig (XI. 5.), dort unter VI. 1. sowie VII. 4. und 5.

⁵⁷ NK-StGB/Dünkel, 4. A., § 57a Rn. 37; SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a Rn. 13.

⁵⁸ Vgl. das Referat von Kinzig (XI. 5.), dort unter IV. 7.; Dessecker, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen, 2014, S. 7 ff.

nochmals gesteigerten Eingriff.⁵⁹ Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine solche Steigerung sollte der Gesetzgeber im Sinne der Bestimmtheit und Rechtssicherheit so präzise wie möglich fassen.⁶⁰ Zudem sprechen auch die in den 90er Jahren ermittelten erheblichen regionalen Unterschiede in der Verbüßungsdauer von als Mehrfachtätern verurteilten „Lebenslänglichen“⁶¹ dafür, die Voraussetzungen der Schuldschwereklausel zu präzisieren.

Gegen eine gesetzliche Konkretisierung in *offener* Form lässt sich anführen, dass sie gegenüber der bisherigen Rechtslage bestenfalls einen geringen Vorteil bietet, dabei aber, wie jede Rechtsänderung, eine vorüber gehende Phase der Neuorientierung und damit ggf. Unsicherheit in der Rechtsanwendung mit sich bringen kann.

Gegen eine *abschließende* Definition der Umstände, die eine besondere Schwere der Schuld begründen können, lässt sich anführen, dass eine Berücksichtigung atypischer schwerster Fälle in der Vollstreckung nicht mehr möglich wäre. Auch könnte gegen eine abschließende Aufzählung sprechen, dass der Gesetzgeber bei Einführung des § 57a StGB ausdrücklich auf den Schuldbegriff des § 46 rekurrieren⁶² und somit dem Gericht das gesamte Arsenal der Strafzumessungsgründe zur Verfügung stellen wollte. Letzterem Argument lässt sich wiederum entgegenhalten, dass die Feststellung einer *besonderen* Schwere der Schuld auch durch *besondere* Gründe getragen werden muss.⁶³

*Da eine Differenzierung innerhalb der mit der Höchststrafe bedrohten Fälle weiterhin geboten ist und im Ergebnis die Vorteile einer gesetzlichen Konkretisierung der Voraussetzungen des Begriffs der „besonderen Schwere der Schuld“ nach unserer Auffassung überwiegen, empfehlen wir, das Merkmal der besonderen Schuldschwere aus Gründen der Klarstellung und der gleichmäßigen Rechtsanwendung näher zu konkretisieren.*⁶⁴

Einen Anhaltspunkt bieten die in der Analyse von Kinzig⁶⁵ dargestellten Fallgruppen⁶⁶

- Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale,
- eine Mehrzahl von Opfern sowie
- tateinheitliche oder tatmehrheitliche Begehung weiterer Straftaten.

⁵⁹ SK-StGB/Schall, 124. Lfg., § 57a Rn. 8, und Fischer, StGB, 62. A., § 57a Rn. 7: „wie eine Qualifikation des § 211“ (jeweils unter Bezugnahme auf Lüderssen StV 2006, 60 [61]).

⁶⁰ So auch Kinzig aaO., S. 53.

⁶¹ Siehe die Gründe des Kammerbeschlusses des BVerfG vom 21.12.1994 - 2 BvR 1697/93 = NJW 1995, 3244-3246, denen zufolge die Hälfte aller Langzeitstrafgefangenen (über 25 Jahre Verbüßungsdauer) in Bayern einsaß.

⁶² Vgl. Fn. 28.

⁶³ Letztlich hängt dies davon ab, ob man *qualitativ* besondere Gründe (dann Beschränkung gegenüber § 46 StGB) oder *quantitativ* besondere Gründe (dann alle Gesichtspunkte des § 46 StGB) fordern möchte.

⁶⁴ In diesem Sinne auch These 5.5 des Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes „Reform der Tötungsdelikte“ (2000), S. 88.

⁶⁵ Siehe dessen Referat (XI. 5.), dort unter VI. 1.

⁶⁶ Vgl. B. III. 2. b).

Zur Frage, ob eine Konkretisierung exemplarisch-offen oder „präzise und abschließend“⁶⁷ erfolgen sollte, möchten wir uns einer Empfehlung enthalten.⁶⁸ Nicht zuletzt geht es dabei, wie so oft, um die Herstellung einer Konkordanz zwischen den Zielen der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Je nachdem, was man höher gewichtet, wird man die eine oder die andere Variante bevorzugen.

3. Konkretisierung der Rechtsfolgen (Bemessungsmaßstab)

Der Vorwurf der Unbestimmtheit wird gegen die Schuldschwereklausel nicht nur hinsichtlich der Tatbestandsseite (das „Ob“ der Schuldschwere), sondern auch bezogen auf die sich aus einer entsprechenden Feststellung ergebende Rechtsfolge erhoben. Es fehle ein Maßstab für die Festlegung der Mindest- bzw. Mehrverbüßungsdauer.⁶⁹

Dem ist entgegen zu halten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers § 46 StGB den Maßstab bilden soll (vgl. Fn. 27). Der Einwand, dass der Maßstab für eine „Umrechnung“ der besonderen Schuldschwere in (Lebens-) Jahre zu unbestimmt bleibe, ist danach zwar nicht völlig von der Hand zu weisen. Er trifft allerdings auf jede Strafzumessung außerhalb einer „Punktstrafe“ zu. Diese Unbestimmtheit wiegt naturgemäß umso schwerer, je weiter der angedrohte Strafraum ist. Nach welchen Maßstäben beispielsweise die Tatschuld eines Raubes (Grundtatbestand, außerhalb der Voraussetzungen eines minder schweren Falles, § 249 Abs. 1 iVm. § 38 Abs. 2 StGB: Freiheitsstrafe von 1 bis 15 Jahren) in Jahre umzurechnen ist, dafür nennt § 46 StGB die Bewertungsgrundlagen, aber keinen quasi arithmetischen Berechnungsmaßstab. Dieser „Spielraum“ des Tatgerichts bei der Strafzumessung ist hinzunehmen. Ihm entspricht der Spielraum des Vollstreckungsgerichts bei der Bemessung der Schuldverbüßungsdauer.

Die Einführung eines generellen Umrechnungsmaßstabs empfiehlt sich nicht.

Mit einer gesetzlichen Konkretisierung der Voraussetzungen der besonderen Schuldschwere, wie oben unter C. III. 2. empfohlen, wäre immerhin eine gewisse zusätzliche Konturierung der Bewertungsmaßstäbe auch für die Bemessung der „Mehrverbüßungsdauer“ verbunden.

4. Einführung einer Obergrenze der Schuldverbüßungsdauer

Für die Einführung einer gesetzlichen Obergrenze der *Schuldverbüßungsdauer* (nicht: der Gesamtverbüßungsdauer) werden u.a. Gesichtspunkte der (Un-) Bestimmtheit und der (un-

⁶⁷ So die Forderung in dem Referat von Kinzig (XI. 5.), dort unter VI. 1.

⁶⁸ Zu denkbaren Fassungen eines entsprechenden § 57a Abs. 1 S. 2 StGB -neu- siehe E.

⁶⁹ MüKo-StGB/Groß, 2. A., § 57a Rn. 18 f. mwN.; Kinzig in seinem Referat (XI. 5.), dort unter VI. 2.: „von einer gewissen Beliebigkeit geprägt“.

zulässigen Un-) Gleichbehandlung im Verhältnis zur Haftobergrenze beim Totschlag (§ 212 StGB) geltend gemacht.⁷⁰

Für die Einführung einer gesetzlichen Obergrenze der Schuldverbüßungsdauer in den Fällen der besonderen Schuldschwere spricht, dass sich die Vollstreckungsdauer aus Gründen der besonderen Schuldschwere eingrenzen und damit eine „gewisse Beliebigkeit“ in der Praxis verhindern ließe. Eine gestaffelte Obergrenze schlägt z. B. Kinzig vor (25 Jahre bei Mehrfachtötungen, im Übrigen 20 Jahre).⁷¹ Das Prinzip einer „lebenslangen“ Freiheitsstrafe bliebe auch bei Einführung einer Schuld-Höchstverbüßungsdauer im Ergebnis unangetastet, da durch den sog. „Sicherungsüberhang“ eine Inhaftierung bis zum Lebensende grundsätzlich möglich bliebe.

Gegen die Einführung einer gesetzlichen Obergrenze spricht allerdings, dass in der Praxis bereits jetzt eine durchschnittliche Verbüßungsdauer zu beobachten ist, die durch die vorgeschlagenen Obergrenzen (20 oder 25 Jahre) nicht wesentlich reduziert würde. Die Zahl der „Ausreißer“ nach oben ist verhältnismäßig gering, wenngleich regional sehr ungleich verteilt (siehe Fn. 61). Demgegenüber wäre eine Berücksichtigung schwerster Fälle bei der Bemessung der schuldangemessenen Verbüßungsdauer nicht mehr möglich. Die Gegner der lebenslangen Freiheitsstrafe werden letzteres nicht als Einwand betrachten, da es nach ihrem Standpunkt eine lebenslange Schuld nicht geben kann. Uns erscheint es jedoch denkbar, dass es, wenn auch seltene, Ausnahmefälle geben kann, denen auch unter Berücksichtigung des Verhaltens im Vollzug mit einer Schuldverbüßungsdauer von 20 oder 25 Jahren nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann.⁷²

Im Ergebnis können wir die Einführung einer gesetzlichen Obergrenze nicht empfehlen.

IV. Entscheidungszeitpunkt(e) und Zuständigkeit

Bislang wird das Überprüfungsverfahren frühestens nach einer Vollzugsdauer von 13 Jahren (§ 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 b) StPO) eingeleitet, um bis zum Ablauf von 15 Jahren eine Entscheidung über die Entlassung und ggf. die Dauer der weiteren schuldbedingten Vollstreckung treffen zu können.

⁷⁰ Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2011, S. 177, 221.

⁷¹ In seinem Referat (XI. 5.), dort unter VI. 2. und VII. 6.

⁷² Vgl. die Argumentation der Autor(inn)en des AE-Leben, die eine Streichung der Schuldschwereklausele durch eine auf 20 Jahre erhöhte und zugleich begrenzte Schuldverbüßungsdauer im Falle Mehrfachtötungen vorschlagen. Dass die Erhöhung der Opferzahl von 1 auf 2 Menschen bereits eine Steigerung der Verbüßungsdauer um ein Drittel (von 15 auf 20 Jahre) rechtfertigen soll, jede weitere Steigerung der Opferzahl aber irrelevant sei (GA 2008, 262: „kann es für das Strafmaß kaum darauf ankommen, ob der Anschlag 1.200 oder 1.500 Opfer gefordert hat“), erscheint uns zweifelhaft.

1. Zuständigkeit für die Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer

Unbeschadet der schlussendlich durch das Vollstreckungsgericht zu treffenden Entscheidung über die Strafrestaussetzung ist zu erwägen, ob das Höchstmaß der Schuldverbüßungsdauer, also der schuldsschwerebedingt maximal „gebotenen“ (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) Vollstreckungsdauer, bereits im Urteil durch das Tatgericht bestimmt werden soll. Bislang obliegt diese Festlegung dem Vollstreckungsgericht (§ 462a StPO).

Für eine Verpflichtung des Tatgerichts, die schuldangemessene Höchstverbüßungsdauer im Urteil festzulegen, wird angeführt, dass hierdurch frühzeitig eine diesbezügliche Klarheit für den Verurteilten geschaffen würde. Die Befürworter dieser Lösung meinen, dies sei geeignet, in der Weise motivierend auf den Verurteilten zu wirken, dass dieser im Vollzug besser an sich selbst arbeite.

Gegen eine Entscheidung über das Höchstmaß der Schuldverbüßungsdauer bereits im Urteil spricht, dass der Zeitpunkt, der dem Verurteilten mit Urteilsverkündung genannt würde, in weiter Ferne läge. Positive bzw. negative Entwicklungen des Verurteilten im Vollzug könnten nicht berücksichtigt werden. Zwingend müsste deshalb ergänzend die Möglichkeit für das Vollstreckungsgericht aufgenommen werden, die Höchstverbüßungsdauer nachträglich abzukürzen. Da aber im Urteilszeitpunkt mangels Kenntnis künftiger Entwicklungen noch gar nicht absehbar ist, in welcher Größenordnung sich eine solche Abkürzung bewegen könnte, stünde zu befürchten, dass die im Urteil ausgesprochene Höchstverbüßungsdauer relativ hoch ausfällt, um dem Vollstreckungsgericht genügend Raum für eine spätere Abkürzung zu lassen. Nicht völlig von der Hand zu weisen sind auch Befürchtungen, dass sich der Eindruck der nicht selten emotional aufgeladenen Hauptverhandlung auf die festzulegende Schuldverbüßungsdauer erhöhend auswirken könnte.⁷³ Ob dies dann motivierend auf den Verurteilten wirkt, möchten wir bezweifeln, denn zunächst würde er sich einer erheblich längeren Vollzugsdauer als mindestens 15 Jahre ausgesetzt sehen.

Nicht ohne Hintergrund ist die bisherige Rechtslage deshalb so, dass es ein revisibler Rechtsfehler ist, wenn das angefochtene Urteil Angaben zur Verbüßungsdauer enthält.⁷⁴ Bei der späteren vollstreckungsrechtlichen Entscheidung ist nämlich in die Gesamtwürdigung die Persönlichkeitsentwicklung des Verurteilten und der Verhältnisse nach dem Straferkenntnis einzubeziehen und zu berücksichtigen, inwieweit noch ein Sühnebedürfnis besteht. Diese Überlegungen kann das Tatgericht nicht tätigen.⁷⁵

⁷³ Kinzig in seinem Referat (XI. 5.), dort unter V.

⁷⁴ LK-StGB/Hubrach, 12. A., § 57a Rn. 42, 44.

⁷⁵ Vgl. BGHSt (GrS) 40, 360, Rn. 24 (zit. nach Juris): „Die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld (...) ist systematisch kein Teil der Entscheidung zu Schuld- und Strafausspruch.“

Gegen eine Festlegung durch das Tatgericht sprechen außerdem Gesichtspunkte der Generalprävention bzw. der Kommunizierbarkeit der Entscheidung. Die Androhung und Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen dient neben dem primären Ziel des Schuldausgleichs auch der positiven wie negativen Generalprävention (Stärkung respektive Wiederherstellung des Vertrauens in den Schutz des Rechtsguts Leben, Abschreckung tatgeneigter Dritter, wengleich solche Effekte nicht unbestritten sind⁷⁶). Anders als die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ergeht das Urteil des Tatgerichts im Rahmen einer grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung, die bei Tötungsdelikten erfahrungsgemäß von erheblicher medialer und öffentlicher Aufmerksamkeit begleitet ist. Ein Urteil, welches auf „Lebenslang“ lautet, zugleich aber eine schuldbedingte (Mindest- bzw. Höchst-⁷⁷) Verbüßungsdauer in Jahren ausspricht, dürfte den Betroffenen und der Öffentlichkeit nur schwer zu vermitteln sein und insofern die (erhoffte) Akzeptanz und generalpräventive Wirkung des Strafausspruchs schmälern.

Eine Festlegung der maximalen Schuldverbüßungsdauer durch das Tatgericht ist nach alledem nicht zu empfehlen.

2. Vorverlagerung des Überprüfungsverfahrens in Fällen ohne besondere Schuldschwere

Eine frühzeitigere Entscheidung gemäß § 57a Abs. 1 StGB iVm. § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 lit. b) StPO, z. B. nach 10-jähriger Vollzugsdauer, würde dem Verurteilten früher Klarheit verschaffen, ob er nach 15 Jahren mit Entlassung auf Bewährung rechnen kann oder aus welchen Gründen nicht.

Gegen eine frühzeitigere Entscheidung spricht, dass zwischen dieser Entscheidung und dem Ende der 15-jährigen Vollzugsdauer dann ein mehrjähriger Zeitraum läge, in welchem sich die Entscheidungsgrundlagen verändern können. Es ist daher schwer vorstellbar, einer solchen frühen Entscheidung Bindungswirkung zu geben. Vielmehr müsste trotzdem noch eine – weitere- zeitnahe Entscheidung erfolgen, die die aktuellen Verhältnisse berücksichtigt. Dazu kommt, dass bei gravierenden Ereignissen im Vollzugsverlauf (z. B. bei einer gewichtigen neuerlichen Straftat des Verurteilten im Vollzug) zudem aus Gründen der Rechtssicherheit eine zeitnahe Überprüfung und ggf. Abänderung der Aussagen zur Mindestverbüßungsdauer erfolgen müsste. Diese zusätzlichen Entscheidungen brächten einen erheblichen Mehraufwand sowohl in personeller wie in finanzieller Hinsicht mit sich. Ob diesem Mehraufwand ein ausreichender Motivationsschub auf Seiten des Verurteilten durch eine frühere Entscheidung

⁷⁶ Vgl. Nestler/Uwer, Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, in: freispruch 5/2014, S. 17 (20).

⁷⁷ Vgl. B. III. 1.

gegenüberstünde, erscheint uns zweifelhaft. Eine noch frühere und dann regelmäßig wiederkehrende gerichtliche Prüfung (beispielsweise nach 5, 10 und 15 Jahren) erscheint uns nicht nur aus Aufwandsgesichtspunkten, sondern auch deshalb unangebracht, weil die auf gesetzlicher Regelung basierende Vollzugsplanung und -durchführung der Vollstreckungsbehörden insoweit ausreichend erscheint.

Die jeweilige Fortschreibung des Vollzugsplans, der Angaben zur Entlassungsvorbereitung und zur Nachsorge enthält (z. B. in Ba.-Wü. in § 5 Abs. 2 Nr. 8 JVollzGB III), ist rechtsverbindlich, ggf. nach (auf Ermessensfehler begrenzter) gerichtlicher Überprüfung auf Antrag des Verurteilten gem. § 109 Abs. 1 S. 1 StVollzG. Insoweit erhält der Verurteilte bereits ab Erstellung des Vollzugsplans und mit dessen jeweiliger Fortschreibung eine verbindliche Aussage bezüglich des voraussichtlichen weiteren Vollzugsverlaufs und -soweit möglich - über den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt. Eine zusätzliche isolierte gerichtliche Entscheidung allein über den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt erscheint deswegen nicht nur überflüssig, sondern auch problematisch für den Fall, dass diese Entscheidung von der Vollzugsplanung abweicht. Dies ist zum einen wegen der auf Ermessensfehler begrenzten gerichtlichen Entscheidungen gem. § 109 StVollzG, aber auch deswegen denkbar, weil verschiedene Strafvollstreckungskammern desselben Gerichts aufgrund der gerichtsinternen Geschäftsverteilung oder unterschiedlicher Gerichte (bei Verlegung) hinsichtlich eines Antrags gem. § 109 StVollzG und des voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt zuständig sein können.

In den Fällen ohne besondere Schuldschwere ist nach alledem eine frühere Entscheidung gem. § 57a Abs. 1 S. 1 StGB, auch aus Sicht des Verurteilten, nicht erforderlich. Dem erheblichen Mehraufwand stünde kein nennenswerter Nutzen gegenüber.

3. Vorverlagerung des Überprüfungsverfahrens in Fällen mit besonderer Schuldschwere

Für eine Vorverlagerung der Überprüfungsentscheidung gemäß § 57a Abs. 1 StGB iVm. § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 lit. b) StPO spricht in den Fällen mit besonderer Schuldschwere das Bedürfnis des Verurteilten, möglichst frühzeitig zu erfahren, wie lange die Vollstreckung unter Schuldgesichtspunkten fortzusetzen ist (BVerfGE 86, 288 [304 f.]). Dies setzt allerdings voraus, dass die notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu dem früheren Prüfungszeitpunkt auch vorhanden sind.

Gegen eine Vorverlagerung der Überprüfung spricht, dass im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung die Entwicklung des Verurteilten und der Verhältnisse nach dem Urteil zu berücksichtigen sind (B. III. 2. b]). Dies könnte dann problematisch sein, wenn z. B. von der Inhaftierung bis zur Rechtskraft eines Urteils Jahre vergangen sind, in denen der Verurteilte lediglich in Untersuchungshaft war und deshalb nicht in der Strafhaf mit den dort

gebotenen Möglichkeiten an sich arbeiten konnte, oder wenn die Zeit aus sonstigen Gründen noch zu kurz war, beispielsweise eine Sozialtherapie noch nicht begonnen oder noch nicht ausreichend lang durchgeführt werden konnte. Stets wären dynamische Faktoren wie die weitere Entwicklung des Verurteilten im Vollzug oder der Verlauf der Sozialtherapie zu berücksichtigen. Dies wäre durch eine weitere, ggf. korrigierende Entscheidung zu dem in § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 lit. b) StPO genannten Zeitpunkt sicherzustellen. Dabei wäre die Notwendigkeit einer Korrektur umso wahrscheinlicher, je früher die erste Entscheidung getroffen würde. Vor diesem Hintergrund müssen der mit einer (zusätzlichen) früheren Entscheidung verbundene Mehraufwand und der damit verbundene Nutzen gegeneinander abgewogen werden.

Eindeutig *keinen* überwiegenden Nutzen einer früheren Entscheidung sehen wir jedenfalls für die Beurteilung der Legalprognose: Zu deren Feststellung besteht vor dem in § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 lit. b) StPO genannten Zeitpunkt unseres Erachtens weder ein Anlass noch eine hinreichende Tatsachengrundlage.

Eine Vorverlagerung des Überprüfungszeitpunktes gem. § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 b) StPO insgesamt können wir deshalb im Ergebnis nicht empfehlen.

4. Vorverlagerung der Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer

Aus den unter C. IV. 1. und 3. ausgeführten Gründen halten wir es im Sinne eines pragmatisch-vermittelnden Lösungsansatzes für diskussionswürdig, die Entscheidung über das Höchstmaß der Schuldverbüßungsdauer weiterhin dem Vollstreckungsgericht zu überlassen, das Vollstreckungsgericht über diesen Teilaspekt der Aussetzungsentscheidung aber bereits zu einem früheren als dem in § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 b) StPO genannten Zeitpunkt entscheiden zu lassen, im Sinne einer vorgezogenen vollstreckungsrechtlichen Teilwürdigung.⁷⁸

Im Rahmen der zum Ablauf der gesetzlichen Mindestverbüßungsdauer weiterhin anstehenden vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung gem. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB (B. III. 2. b)) könnte das Vollstreckungsgericht einer günstigen Entwicklung des Verurteilten im Vollzug ggf. durch eine nachträgliche Absenkung der ursprünglich erkannten Schuldverbüßungsdauer Rechnung tragen.⁷⁹ In der 6. Kommissionssitzung am 7. Januar 2015 ist in diesem Zusammenhang eine Festlegung der maximalen Schuldverbüßungsdauer nach Ablauf von 5 Jahren seit Rechtskraft des Urteils diskutiert worden.

⁷⁸ In Anlehnung an ähnliche Vorschläge in dem Referat von Kinzig (XI. 5.), dort unter VII. 7., und Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2011, S. 264 u. 267/268, die allerdings eine Festlegung der maximalen Schuldverbüßungsdauer bereits durch das Tatgericht im Urteil befürworten.

⁷⁹ Steinhilber schlägt aaO. vor, diese „Milderungskompetenz“ auf eine Reduzierung um bis zu 2 Jahre zu begrenzen.

Für eine Festlegung nach Ablauf von 5 Jahren spricht, dass ausreichend Zeit für die notwendige Begutachtung bliebe. Zudem könnten die sich anschließenden 10 Jahre bis zur Ablauf der gesetzlichen Mindestverbüßungsdauer vollzuglich und therapeutisch besser strukturiert werden. Für den Verurteilten stellte eine Entscheidung zu diesem Zeitpunkt ein erstes „Etappenziel“ dar, auf welches er sich einrichten kann. Ihm würde damit frühzeitiger als bisher eine Perspektive für den Verlauf des Vollzuges vermittelt, was sich förderlich auf seine Mitwirkungsbereitschaft auswirken kann.

Gegen eine Vorverlagerung der Entscheidung über die maximale Schuldverbüßungsdauer lässt sich ins Feld führen, dass sie mit einem erheblichen Mehraufwand bei den Vollstreckungsgerichten verbunden wäre (zusätzliche Entscheidung nebst Begutachtung). Nicht zu verkennen ist außerdem, dass die Entscheidungsgrundlage für eine „vollstreckungsrechtliche Gesamtwürdigung“ nach 5-jähriger Vollstreckungsdauer noch nicht dieselbe sein kann wie zum Ablauf der gesetzlichen Mindestverbüßungsdauer. Dem wäre mit der Möglichkeit einer nachträglichen Verkürzung der Schuldverbüßungsdauer Rechnung zu tragen.

Eine isolierte Vorverlagerung der Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer wäre grundsätzlich geeignet, das Ziel eines resozialisierungsfreundlichen Vollzugs zu fördern. Ob der mit dieser zusätzlichen Entscheidung verbundene Mehraufwand in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen steht, ist zu diskutieren. Wir enthalten uns an dieser Stelle einer endgültigen Empfehlung in die eine oder die andere Richtung.⁸⁰

V. Sicherungsüberhang, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 iVm. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB

1. Wiederkehrende Überprüfung von Amts wegen

Eine wiederkehrende Überprüfung von Amts wegen (z. B. jährlich) nach Eintritt in die „hybride Phase“ der Vollstreckung scheint auf den ersten Blick dem Verurteilten mehr Rechtssicherheit zu geben. Faktisch ist es jedoch so, dass die Entlassungsvorbereitungen bei zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten sich in der Regel über Jahre hinziehen, weil viel Zeit benötigt wird, um die lange in Unfreiheit lebenden Verurteilten wieder in den Stand zu setzen, eigenverantwortlich und straffrei an einem Leben in Freiheit teilzunehmen.⁸¹ Eine Regelüberprüfung vor Ablauf dieses Zeitraums erscheint nicht sinnvoll, weil ohne Aussicht auf Erfolg. Der Verurteilte weiß über den geplanten Vollzugsverlauf Bescheid und wird deshalb zu einem Zeitpunkt einen entsprechenden Antrag stellen, an welchem Aussicht auf Erfolg besteht. Der für eine Regelüberprüfung notwendige Aufwand liefe deshalb ins Leere. Unter

⁸⁰ Zur denkbaren Fassung eines entsprechenden § 454 Abs. 5 StPO -neu- s. unter E. die Anlage 2.

⁸¹ Unter praktischen Gesichtspunkten sehr zweifelhaft daher NK-StGB/Dünkel, 4. A., § 57a Rn. 46, der die Sperrfrist des § 57a Abs. 4 StGB als „relativ lang“ bezeichnet und „wenn überhaupt“ eine Frist von 6 Monaten vorschlägt.

systematischen Gesichtspunkten stünde eine wiederkehrende amtswegige Überprüfung nach Eintritt der Vollstreckung in die sog. hybride Phase („Sicherungsüberhang“) auch in einem gewissen Widerspruch zu dem Einwilligungserfordernis (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 iVm. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB), dessen Beibehaltung von hier empfohlen wird (siehe C. VI.).

Im Ergebnis können wir eine wiederkehrende Überprüfung von Amts wegen nicht empfehlen.

2. Erhöhte Anforderungen an die Haftfortdauer bei großem Sicherungsüberhang

Steinhilber schlägt vor, die Regelung des § 67d Abs. 3 S. 1 StGB im Rahmen des § 57a Abs. 1 StGB für entsprechend anwendbar zu erklären mit der Folge, dass eine Strafrestaussatzung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach 10-jähriger Vollstreckung des „Sicherungsüberhangs“ zur (Soll-) Regel würde.⁸²

Für eine Verschärfung des Prognosemaßstabs zugunsten des Verurteilten nach besonders langer Haftfortdauer lässt sich anführen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG umso strengere Maßstäbe an die Verhältnismäßigkeit einer Haftfortdauer anzulegen sind, je länger der Freiheitsentzug andauert.⁸³

Gegen eine „bereichsspezifische Gleichsetzung mit dem Sicherungsverwahrten“⁸⁴, wie sie Steinhilber fordert, spricht indes, dass auch während der sog. „hybriden Phase“ die *Schuld* des Verurteilten weiterhin die Grundlage der Vollstreckung bildet. Vollstreckt wird noch immer eine (lebenslange Freiheits-) Strafe.⁸⁵ Hierin besteht ein - nach Auffassung des BVerfG (Urteil vom 4. Mai 2011 = E 128, 326) wesentlicher - Unterschied zur Maßregel der Sicherungsverwahrung.⁸⁶ Auch wenn die besondere Schuldschwere eine Fortdauer der Inhaftierung nicht gebietet, können Gesichtspunkte der Gefährlichkeit einer Haftentlassung entgegenstehen. Eine Übertragung der für die Sicherungsverwahrung geltenden Regeln auf die lebenslange Freiheitsstrafe ist daher von Verfassungs wegen jedenfalls nicht geboten.

Dies bedeutet indes nicht, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums gehindert wäre, erhöhte Anforderungen an die Prognoseentscheidung bei besonders lang andauerndem Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe in das Gesetz aufzunehmen, entsprechend den vom BVerfG (E 117, 71) aufgestellten Grundsätzen. Eine solche Gesetzesänderung könnte immerhin klarstellenden Charakter für sich beanspruchen.⁸⁷ Bedenkt man

⁸² Steinhilber, Mord und Lebenslang, 2011, S. 264 u. 268 f.

⁸³ Vgl. die Nachweise unter B. III. 3.

⁸⁴ Steinhilber aaO. S. 268.

⁸⁵ Insofern besteht eine Parallele zum „letzten Drittel“ einer zeitigen Freiheitsstrafe (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB): Dessen Vollstreckung dient weiterhin dem Schuldausgleich, auch wenn dem Resozialisierungsinteresse des Verurteilten zunehmend Gewicht zukommt.

⁸⁶ Entgegen Steinhilber aaO., S. 139 (zu BVerfG 117, 71): „Diese divergierende verfassungsdogmatische Gewichtung übertrifft ein wenig.“

⁸⁷ Steinhilber aaO. S. 141: „prophylaktisch“.

allerdings, dass schon heute selbst bei Verurteilten mit besonderer Schuldschwere die (Gesamt-) Verbüßungsdauer im Allgemeinen 25 Jahre nicht übersteigt,⁸⁸ so kann ein dringendes Bedürfnis nach einer einfachgesetzlichen Klarstellung nicht erkannt werden.

Im Ergebnis empfehlen wir deshalb, an der geltenden Regelung festzuhalten.

VI. Streichung der Voraussetzung der Einwilligung, § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 iVm. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB

Eine Streichung des Einwilligungserfordernisses ist im Hinblick darauf zu erwägen, dass es kein Recht des Verurteilten auf lebenslangen Strafvollzug gibt, wenn es des Strafvollzugs weder aus Schuld- noch aus Gefährlichkeitsgesichtspunkten mehr bedarf.⁸⁹ Allerdings dürfte es in Fällen einer fehlenden Einwilligung mangels Bereitschaft des Verurteilten zur Mitarbeit in der Regel an einer günstigen Prognose fehlen, so dass es gleichwohl nicht zu einer Entlassung kommen kann. Dennoch wäre, sollte die Einwilligung des Verurteilten als Voraussetzung entfallen, auch in diesen Fällen das relativ aufwendige Prüfungsverfahren durchzuführen (mit Verteidigerbestellung, Sachverständigengutachten etc.), was als unnützer Aufwand erscheint.

Aus diesen Gründen vermögen wir die Streichung des Einwilligungserfordernisses nicht zu empfehlen.

D. Fazit

Wie eingangs ausgeführt verstehen sich unsere Überlegungen nicht als abschließende Aufzählung aller denkbaren Reformansätze hinsichtlich der Regelungen zur Strafrestaussatzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Als Ergebnis unserer Betrachtungen empfehlen wir folgende Änderung des § 57a StGB:

⇒ *Konkretisierung der Voraussetzungen der „besonderen Schwere der Schuld“ (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB), mindestens in exemplarisch-offener Form (C. III. 2.).*

Darüber hinaus empfehlen wir, eine Vorverlagerung der Festlegung des Höchstmaßes der Schuldverbüßungsdauer (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und § 454 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 lit. b) StPO, vgl. C. IV. 4.) in den Fällen einer besonderen Schuldschwere zu prüfen.

Im Übrigen empfehlen wir, an der bisherigen Rechtslage festzuhalten.

⁸⁸ Siehe Fn. 19.

⁸⁹ Fischer, StGB, 62. Aufl., § 57a Rn. 21 mwN.

E. Anlagen

1. Formulierungsvarianten § 57a Abs. 1 S. 2 StGB -neu-

(1) ¹Das Gericht setzt die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung aus, wenn (...).

²*Eine besondere Schwere der Schuld*

... liegt in der Regel / insbesondere vor, wenn

... liegt nur, aber nicht immer / zwangsläufig vor, wenn

... liegt (nur) vor, wenn / setzt voraus, dass

... der Verurteilte mehrere Menschen getötet hat (oder)

... im Falle des § 57b der Verurteilte neben der lebenslangen Freiheitsstrafe eine weitere Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verwirkt hat (oder)

... der Verurteilte durch eine Handlung mehrere Mordmerkmale verwirklicht hat (oder)

... das zur Verwirkung einer lebenslangen Freiheitsstrafe erforderliche Schuldmaß sonst wesentlich überschritten ist.

2. Formulierungsvarianten § 454 Abs. 5 StPO -neu-

(5) ¹Sofern im Urteil die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten festgestellt worden ist, entscheidet das Gericht bereits [od.: spätestens] nach Ablauf von (...) Jahren seit Eintritt der Rechtskraft des Urteils [od.: seit Beginn der Inhaftierung] darüber, bis zu welchem Zeitpunkt die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung längstens gebietet (§ 57a Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 des Strafgesetzbuchs), unbeschadet sonstiger Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Aussetzung. ²Absatz 3 Satz 1 gilt entsprechend.

³Der nach Satz 1 bestimmte Zeitpunkt kann im Rahmen der Entscheidung nach Absatz 1 [ggf.: bei Vorliegen besonderer Umstände] um bis zu (...) Jahre vorverlegt werden, jedoch darf die in § 57a Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 des Strafgesetzbuchs bestimmte Verbüßungsdauer nicht unterschritten werden.

13. VRinBGH a. D. Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan

Grundkonzeption der Tötungsdelikte

I. Einleitung

Die Tatbestände des Mordes und des Totschlags beschäftigten Fachwelt und Publizistik im Zusammenhang mit der Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe seit langem. Die lebenslange Freiheitsstrafe hat nicht nur einen systematischen, sondern auch einen hohen symbolischen Stellenwert für das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschland. Dennoch ist die lebenslange Freiheitsstrafe kein Alleinstellungsmerkmal für den Schutz des Rechtsgut menschliches Leben. Nach den §§ 80, 81 Abs. 2, 94 Abs. 2, 100 Abs. 2 StGB sind auch „Staat“ und „Völkergemeinschaft“ bzw. die friedliche Koexistenz der verschiedenen Staaten Rechtsgüter, deren Verletzung mit lebenslanger Freiheitsstrafe als mögliche Reaktion geahndet werden kann. Die vorsätzlichen Tötungsdelikte sind ungeachtet dieser Tatsache ein wichtiger Bezugspunkt für das gesamte Strafsystem des StGB.¹ Um die Reform der aus dem Jahre 1941 stammen Tatbestände wird dennoch seit Jahrzehnten in Wissenschaft und Rechtsprechung gestritten, bisher ohne Erfolg.

Herr Reinhard hat am Ende seiner „Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord (§ 211 StGB)“ folgende Äußerung von Hans-Heinrich Jescheck bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission im Jahr 1958 zur bereits damals diskutierten Reform der Tötungsdelikte wie folgt wiedergegeben: „Ich glaube, dass alle Lösungen, die ins Auge gefasst wurden, ihre Mängel haben und dass es darum geht, jene zu finden, deren Mängel noch am geringsten erscheinen. Wenn man dies bedenkt, erscheint die Lösung des geltenden Rechts eigentlich ganz brauchbar“.

Trifft diese Aussage immer noch zu oder sind wir im Laufe der Rechtsentwicklung in den seitdem vergangenen annähernd 60 Jahren in Theorie und Praxis zu besseren Erkenntnissen gelangt?

II. Gegenwärtiger Stand der Diskussion in Wissenschaft und Rechtsprechung

1. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung streiten seit Jahrzehnten nicht nur um die Auslegung der einzelnen Mordmerkmale, nämlich ob sie als abschließender Katalog von Merkmalen im Sinne eines geschlossenen Systems zu verstehen sind, die die vorsätzliche Tötung

¹ Jähnke LK 11. Aufl. Vor § 211 Rdn. 1.

eines Menschen zum Mord machen, also das umschreiben, was einen Mord ausmacht – so die Rechtsprechung,² oder ob die Mordmerkmale einer negativen oder positiven Typenkorrektur zugänglich sind, die im konkreten Einzelfall eine Abwägung zu Lasten oder zu Gunsten des Täters zulassen, so zahlreiche Vertreter der Rechtslehre.³ Ebenso umstritten ist die deliktssystematische Einordnung der Mordmerkmale in die Kategorien des Unrechts oder der Schuld,⁴ sowie das systematische Verhältnis der §§ 211, 212, 216 StGB zueinander. Bei letzterem Problem vertritt die Rechtsprechung trotz gelegentlicher Öffnungsversuche⁵ nach wie vor die Auffassung, dass § 211 StGB und § 212 StGB selbständige Tatbestände mit jeweils eigenem Unrechtsgehalt darstellen,⁶ während der überwiegende Teil der Wissenschaftsvertreter die genannten Vorschriften in einem Verhältnis von Grundtatbestand (§ 212) zur Qualifizierung (§ 211) sehen,⁷ oder umgekehrt den Mordtatbestand als Grunddelikt verstehen.⁸

2. Die divergierenden Auffassungen zum letztgenannten Punkt führen vor allem wegen der sich aus § 28 Abs. 1 und 2 StGB ergebenden verschiedenen Akzessorietätslockerungen bei der Teilnahme an §§ 211, 212 StGB zu nicht unerheblichen Unterschieden auf der Rechtsfolgenseite. Denn je nachdem, ob ein Mordmerkmal als „besonderes persönliches Merkmal“ angesehen wird, das die Strafbarkeit begründet (Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB – so die Rechtsprechung wegen ihrer These von der Selbstständigkeit der §§ 211, 212 StGB) - oder ob es als Merkmal, das die Strafe schärft verstanden wird (Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB, so die h.M. in der Literatur), führt § 28 StGB für den Teilnehmer eines vorsätzlichen Tötungsdelikts zu unterschiedlichen Strafraumen. Das kann je nach Fallgestaltung als unbillig oder ungerecht empfundene Milderungen zur Folge haben, was hier nicht in allen Einzelheiten dargestellt werden kann. Nur so viel: Handelt es sich in der Person des Täters um ein tatbezogenes Merkmal, wie etwa bei der „Heimtücke“ oder beim Merkmal „grausam“⁹, spielt § 28 StGB keine Rolle, weil eine Akzessorietätslockerung nach § 28 StGB für den Teilnehmer überhaupt nur bei täterbezogenen Merkmalen in Betracht kommt. Handelt es sich aber um ein täterbezogenes Merkmal ist entscheidend, ob § 28 Abs. 1 StGB mit seiner obligatorischen Strafraumenmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB oder ob § 28 Abs. 2 StGB Anwendung

² BGHSt. 9, 385, 389 f.; 11, 139, 142 ff; 30, 105, 114 f.

³ Neumann NK Vor § 211 Rdn. 160; Schneider MK § 211 Rdn. 35 ff. m.w. Nachw.

⁴ Vgl. hierzu u.a. Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 144 ff., S. 192 ff; Sch/Sch/Eser/Sternberg-Lieben § 211 Rdn. 6; Schneider MK § 211 Rdn. 195, jeweils m.w.Nachw.

⁵ BGH (5. Strafsenat) NJW 2006, 1008, 1012 f. = JZ 2006, 629 mit Bespr. Küper JZ 2006, 608.

⁶ BGHSt. 1, 368; 2, 251; 22, 375; 24, 106; 50, 1 mit abl. Anm. Puppe JZ 2005, 902; BGH NStZ 2006, 288,290 mit krit. Anm. Puppe; siehe dazu auch Jähnke LK 11. Aufl. Vor § 211 Rdn. 37; Häger LK 12. Aufl. § 38 Rdn. 32.

⁷ U.a. Arzt JZ 1973, 681; Gössel/Dölling BT/§ 1 1.Kap. B II; Jähnke LK, 11. Aufl., Vor § 211 Rdn. 45 f.; Neumann NK Vor § 211 Rdn.154 f.; Rissing-van Saan in Jahn/Nack, Karlsruher Strafrechtsdialog Bd 2, Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? (2010) S. 26, 30 ff.; Schneider MK Vor § 211 Rdn. 182 ff.; Sch/Sch/Eser/sternberg-Lieben 28. Aufl. Vorbem §§ 211 ff Rdn. 5; Wessels/Hettinger BT/1 Rdn. 69 ff.

⁸ Eb. Schmidt DRZ 1949, 272 f.; Müssig, Mord und Totschlag (2005), S. 249 f. und 252 ff.; Kargl JZ 2003, 1141, 1148.

⁹ Auch das ist umstritten!

findet. Heftig umstritten ist außerdem, ob § 28 Abs. 2 StGB beim Fehlen des beim Täter vorliegenden besonderen persönlichen Merkmals - wie z.B. der Verdeckungsabsicht oder den niedrigen Beweggründen - beim Teilnehmer, eine Tatbestands- oder nur eine Rechtsfolgenverweisung enthält.¹⁰

Nimmt man die verschiedenen Streitpunkte im Zusammenhang mit den §§ 211, 212 StGB als Gesamtheit in den Blick, so handelt es sich um eine komplexe Rechtslage, die alles andere als eindeutig oder wenigstens überschaubar erscheint und deshalb für die Verfahrensbeteiligten kaum eine verlässliche Prognose hinsichtlich des möglichen Ausgangs eines Strafverfahrens zulässt, wenn es einen Mordvorwurf zum Gegenstand hat.

3. Allerdings hat die Rechtsprechung stets eigene Strategien entwickelt, um in Einzelfällen Ungereimtheiten oder Ungerechtigkeiten ohne grundlegende Änderung ihrer Praxis und ohne Einbindung des Großen Senats für Strafsachen jedenfalls im Ergebnis vermeiden zu können. So hat schon die Entscheidung BGHSt. 23, 39 f. in Fällen, in denen beim Täter und beim Teilnehmer zwar nicht dasselbe, wohl aber gleichartige bzw. artverwandte täterbezogene Merkmale - „*gekreuzte Mordmerkmale*“ - der ersten und der dritten Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB (niedrige Beweggründe und Verdeckungsabsicht) vorlagen, § 28 StGB nicht angewendet.¹¹ Sie hat ferner auf der Grundlage der schon in BGHSt.1, 368 getroffenen Feststellung, dass die vorsätzliche Tötung eines Menschen sowohl in § 211 als auch in § 212 StGB als objektives Tatbestandsmerkmal enthalten ist, *Mittäterschaft* bei § 211 StGB und § 212 StGB für möglich gehalten,¹² und schließlich in Fällen, in denen der Teilnehmer einer durch ein täterbezogenes Mordmerkmal des Täters zum Mord gestempelten vorsätzlichen Tötung selbst kein gleichartiges Merkmal aufweist, die „*Sperrwirkung*“ der Mindeststrafe des § 212 StGB für einen Gehilfen, der nach § 28 Abs. 2 StGB zu behandeln wäre,¹³ deklariert, um Ungereimtheiten bzw. Wertungswidersprüche zu vermeiden.

4. Eine besondere Problematik beinhaltet schließlich die sog. *Rechtsfolgenlösung* des Großen Senats für Strafsachen in der Entscheidung BGHSt. 30, 105, die den Fall einer heimtückischen Tötung betraf, bei der der Täter sich in einem durch außergewöhnliche Umstände geprägten Fall zur Tötung des in ein Kartenspiel vertieften Opfers entschloss. Der Große Senat hat es für zulässig gehalten, in einem durch außergewöhnliche Umstände geprägten

¹⁰ Vgl. u.a. *Hirsch* in Schreiber-FS (2003), S. 153, 161 ff.; *Kleszczewski* in Universität Leipzig-FS (2009), S. 489 ff.; *Küper* JZ 2006, 1157, 1164 f; *Rissing-van Saan* in Jahn/Nack Karlsruher Strafrechtsdialog Bd. 2, S. 42 f.; vgl. auch *Sinn* SK § 211 Rdn. 34 f.

¹¹ Bestätigt in BGHSt. 50, 1, 9. Ebenso *Jähnke* LK § 211 Rdn. 62; kritisch, aber im Ergebnis zustimmend *Sch/Sch/Eser* 28. Aufl. § 211 Rdn. 54; zustimmend *Sch/Sch/Eser/Sternberg – Lieben* 29. Aufl. § 211 Rdn. 54c, wonach seine solche Lösung sich sogar bei allen Mordmerkmalen anbieten könnte; *Sinn* SK § 211 Rdn. 37; *Walter* NSTZ 2014, 368, 369 hält das Ergebnis dieser Rechtsprechung zwar für plausibel, die Begründung aber für „selbstwidersprüchlich“.

¹² BGHSt. 36, 231.

¹³ BGH NSTZ 2006, 288, 290 mit krit. Anm. *Puppe*; siehe aber auch die Vorüberlegungen bei BGH NSTZ 2006, 34 f. und BGH, Beschluss vom 13.10. 2004 – 2 StR 206/04.

Fall von Heimtücke, in dem die Verhängung der vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheint, analog § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB die absolute Strafe des § 211 StGB zu mildern. Zwar möchte *Schneider* hierin eine Reaktivierung des zusammen mit der Todesstrafe 1953 gestrichenen früheren § 211 Abs. 3 StGB sehen und bewertet deshalb die Rechtsfolgenlösung des BGH als zulässige Rechtsfortbildung, weil sie eine durch die Streichung des § 211 Abs. 3 StGB a.F. auf der Rechtsfolgen-seite entstandene planwidrige Regelungslücke geschlossen habe.¹⁴ Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden, weil die Rechtsfolgenlösung schon nach der Intention des Großen Senats gerade nicht allgemein für außergewöhnliche Fallgestaltungen des § 211 StGB gelten sollte, sondern auf das Merkmal der Heimtücke beschränkt wurde und das auch geblieben ist.¹⁵

5. Die Rechtsfolgenlösung des Großen Senats für Strafsachen ist auf Zustimmung,¹⁶ aber auch auf strikte Ablehnung gestoßen.¹⁷ Ich teile die kritische Einstellung zu dieser Entscheidung, weil es mehr als problematisch ist, dass die Grenzen der an und für sich gesetzlich vorgesehenen Befugnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Fortbildung des Rechts (§ 132 Abs. 4 GVG) deutlich überschritten wurden. Denn es lassen sich weder in § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB noch in § 211 StGB Anhaltspunkte finden, die eine solche Analogie rechtfertigen könnten. Einzig die Tatsache, dass es sich um eine „Rechtsfortbildung“ zugunsten des Angeklagten handelte, macht die Zulässigkeit einer Analogie überhaupt diskutabel, beseitigt aber ihre Fragwürdigkeit nicht. Die Entscheidung war und ist auch in und unter den Strafse-naten des BGH nicht unumstritten. Das kommt deutlich in der Zurückhaltung Ausdruck, mit der der BGH in den Folgeentscheidungen nach BGHSt. 30, 105 die Frage der Übernahme der Rechtsfolgenlösung in anderen Fällen behandelt hat, in denen die Verurteilungen wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheinen konnte.¹⁸

6. Die Rechtsprechung hat somit zwar für fast alle problematischen Fallgestaltungen bei der Anwendung des § 211 StGB auf tatbestandlicher Ebene und auf der Rechtsfolgenseite pragmatische Lösungswege gefunden, um ungerechte oder unverhältnismäßige Ergebnisse zu vermeiden, was aber in der Literatur vielfach als Vermeidungs- oder Umgehungsstrategien kritisiert oder in schärferer Form als dogmatisch falsch oder systematisch untragbar

¹⁴ *Schneider* MK § 211 Rdn. 40; ähnlich auch *Jähnke* LK § 211 Rdn. 70.

¹⁵ Vgl. BGHSt. 30, 105, 121. Das sieht letztlich auch *Schneider* MK § 211 Rdn. 40 und fordert deshalb die Erstreckung der Rechtsfolgenlösung auf alle Mordmerkmale.

¹⁶ U.a. *Albrecht* JZ 1982, 697; *Börgers* JR 2004, 139; *Gössel/Dölling* BT/1,4/13; *Jähnke* LK 11. Aufl. Rdn. 70; *ders.* in *Spendel* –FS (1992) S. 537; *Mitsch* Anwaltskommentar (2011) § 211 Rdn. 4 ff.; *Reichenbach* Jura 2009, 176, 181 ff.; *Rengier* NSTZ 1982, 225;

¹⁷ So u.a. *Arzt/Weber/Hilgendorf* BT § 2 Rdn. 17 f.; *Lackner/Kühl* Vor § 211 Rdn. 20; *Köhne* ZRP 2014, 21, 23 („abenteuerliche Konstruktion“); *Neumann* NK Vor § 211 Rdn. 149; *Sinn* SK § 211 Rdn. 9; *Wessels/Hettinger* BT/1 Rdn. 89; zurückhaltender *Fischer* § 211 Rdn. 47.

¹⁸ BGHSt.35, 116, 127; 42, 301, 304; 48, 255 mit Anm. *Widmaier* NJW 2003, 2788 sowie Besprechungen von *Schöch* NSTZ 1997, 409 und *Dölling* JR 1998, 160.; BGH NSTZ-RR 2004, 294; BGH NSTZ 2005, 154, 155. Siehe auch *Häger* LK § 38 Rdn. 32.

abgelehnt wurde. Ob man diese Einschätzung teilen will, bleibt jedem selbst überlassen. Allerdings zeigen diese Bemühungen der Rechtsprechung um die Beseitigung von Wertungswidersprüchen oder unverhältnismäßigen Ergebnissen in Einzelfällen deutlich eines: es ist angefangen bei der sprachlichen Form der aktuellen gesetzlichen Fassungen der §§ 211, 212 StGB, über ihre dogmatische Stringenz bis hin zu ihren fehlenden Lösungsmöglichkeiten in außergewöhnlichen Fallkonstellationen nicht unbedingt gut um die geltenden Fassung der Tatbestände von Mord und Totschlag bestellt. Den Praxistest in Sachen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit besteht das Gesetz vielfach nicht. Das hat bereits 1980 Eser in seinem Gutachten zum 53. DJT konstatiert, wo er zwar der Justiz und ihrer Findigkeit bei ihren Bemühungen um Einzelfallgerechtigkeit Respekt zollt, die Vermeidungsstrategien der Gerichte dem Gesetz aber als Nachweis seiner Unzulänglichkeit auslegt, da die Praxis der Gerichte die angebliche Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit des exklusiv-absoluten Mordtatbestandes in ihr Gegenteil verkehrten.¹⁹

Die inhaltliche und systematische Ausgestaltung der vorsätzlichen Tötungsdelikte bedarf daher, wie vor allem die vielfachen „Reparaturbemühungen“ der Rechtsprechung deutlich machen, auf der Rechtsfolgen- *und* der Tatbestandsseite der näheren Überprüfung und gegebenenfalls in Gänze oder jedenfalls in wesentlichen Teilen der Neufassung durch den Gesetzgeber.

III. Reformüberlegungen

1. Wie die bisherigen Ausführungen und die Diskussion in der Expertengruppe gezeigt haben, geht es bei der Frage, wie eine Reform der §§ 211, 212 StGB aussehen sollte, nicht nur um die lebenslange Freiheitsstrafe als Punktstrafe bzw. den Absolutheitsmechanismus zwischen Erfüllung eines Mordmerkmals und der zwingenden Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe oder um sonstige Milderungsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite, sondern im Wesentlichen auch um die tatbestandliche Ausgestaltung der Mordmerkmale und die systematische Zuordnung des § 211 StGB zu den §§ 212, 213, 216 StGB.²⁰ Deshalb würde eine Reform des § 211 StGB, die sich in einer sprachlichen Bereinigung der §§ 211, 212 und einer Ergänzung des § 211 StGB um einen Absatz 3 erschöpfte,²¹ der für minderschwere Fälle des Mordes eine zeitige Freiheitsstrafe in Abstufung zur Mindeststrafe des § 213 StGB von z.B. nicht unter drei oder fünf Jahren vorsähe, zwar für die drängendsten Probleme Lö-

¹⁹ Eser 53. DJT, Gutachtenband 1, D 56.

²⁰ Vgl. auch Häger LK § 38 Rdn. 33.

²¹ Das schlägt z.B. Mitsch JZ 2008, 336 vor.

sungen bieten.²² Nicht geklärt wären jedoch die dogmatischen und systematischen Schwierigkeiten auf der Tatbestandsebene, insbesondere die Auslegung und Anwendung einzelner problematischer Mordmerkmale, wie der Heimtücke oder der Verdeckungsabsicht.²³

2. Die neueren Reformvorschläge in der Literatur gehen deshalb auch vielfach weiter.²⁴

a) Einer der am weitest gehenden Vorschläge ist die vom Strafrechtsausschuss des DAV angestoßene und von den Autoren *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* in der NStZ 2014, 9 ff. veröffentlichte Reforminitiative zur Schaffung einer zweistufigen „einfachen“ Lösung, die eine gesetzliche Überdifferenzierung vermeiden und statt dessen auf die „Weisheit der praktischen Rechtsentwicklung“ vertrauen will. Das geschieht in der Form, dass § 211 StGB ganz gestrichen und § 212 StGB unter der Überschrift „Tötung“ für die vorsätzliche Tötung eines Menschen eine alternative Strafdrohung von nicht unter fünf Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe vorsieht und in § 213 StGB für minder schwere Fällen der Tötung einen Strafrahmen von ein bis zehn Jahren vorschlägt. Alle Bedenken, die schon gegen die Unbestimmtheit des Mordmerkmals der „sonstigen niedrige Beweggründe“ oder gegen die scheinbare Weite des Merkmals der „Heimtücke“ seit Jahrzehnten vorgebracht werden, schlagen hier m.E. voll durch,²⁵ verfassungsrechtliche Einwände sind zudem nicht von der Hand zu weisen.²⁶ Das Vertrauen in die „Weisheit“ der praktischen Rechtsanwendung vermag Verfasserin ohnehin nicht zu teilen.

b) Dieser Reformvorschlag hat einen Vorgänger. Bereits *Köhne*²⁷ hatte angesichts der unübersichtlichen Rechtslage bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag, eines fehlenden gesetzlich verankerten Leitprinzips und der unüberschaubaren Fülle der Rechtsprechung hierzu, vorgeschlagen, für die vorsätzlichen Tötungsdelikte, bei denen es immer um das Rechtsgut Leben gehe, dessen Verletzung immer verwerflich und der Täter immer gefährlich sei, ein einstufiges System mit einem Einheitstatbestand zu schaffen. Unterschiede in den einzelnen Fällen könnten seiner Ansicht nach bei der Strafzumessung hinreichend berücksichtigt werden.²⁸ *Köhne* geht bei seinem Vorschlag allerdings davon aus, dass die lebens-

²² Ein solcher Reformvorschlag ginge allerdings schon deutlich über einen Arbeitsentwurf des BMJ aus dem Jahr 2001 hinaus, der für das Mordmerkmal der Heimtücke in außergewöhnlichen Fällen statt lebenslanger Freiheitsstrafe eine solche von nicht unter fünf Jahren vorsah, nachzulesen bei *Otto Jura* 2003, 612, 621 f. Ähnlich begrenzt war der Vorschlag eines Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem 2000, das neben der Beseitigung der Tätertypen „Mörder“ und „Totschläger“ und einem Stufenverhältnis zwischen Mord und Totschlag eine Einschränkung lediglich für das Mordmerkmal der Heimtücke bei achtenswerten Motiven des Täters vorsah.

²³ Zu den Einzelheiten der Probleme bei der Auslegung und Anwendung dieser Mordmerkmale wird auf die Referate von *Prof. Dr. Schneider*, *Prof. Dr. Ignor* und *Dr. h.c. Deckers* verwiesen.

²⁴ Ältere Reformvorschläge oder Gesetzesinitiative – mit Ausnahme des AE-Leben – werden hier nicht mehr nicht mehr angesprochen, da sie schon von Herrn *Reinhard* im Rahmen seiner „Überlegungen zu Rechtsfolgenlösungen beim Mord“ dargestellt wurden.

²⁵ Diese Thesen haben auch prompten Widerspruch hervorgerufen, wie den Aufsatz von *Tonio Walter* „Vom Beruf des Gesetzgebers zur Gesetzgebung“, NStZ 2014, 368 ff., dessen eigener Vorschlag (a.a.O. S. 374 ff) insbesondere zur Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen Strafrahmen von 15 bis 30 Jahren, aber auch nicht überzeugender begründet wird.

²⁶ *Krehl ZRP* 2014, 98 ff.

²⁷ JR 2003, 1; ZRP 2007, 165.

²⁸ *Köhne ZRP* 2007, 165; ZRP 2014, 21, 23.

lange Freiheitsstrafe als Sanktion aus dem Gesetz zu streichen ist. Das sehen *Deckers et al.* anders. Sie halten es für nicht von der Hand zu weisen, dass der Schutz des menschlichen Lebens auch die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als mögliche Rechtsfolge erfordert.²⁹

c) Ein neueres dreistufiges Modell haben *Kubik/Zimmermann* entworfen, das mit einem § 211 StGB (Totschlag) als Grundtatbestand und § 212 StGB (Mord) als besonders schweren Fall einer vorsätzlichen Tötung, der durch einen auf drei Regelbeispiele reduzierten Katalog - wenn der Täter bei der Tat eine weitere Person in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt, oder grausam oder aus einem besonders niedrigen Beweggrund tötet - näher bestimmt wird. Ferner sehen sie einen § 213 StGB als minder schweren Fall des Totschlags vor, dessen Regelungsgehalt dem geltenden Gesetz entsprechen soll.³⁰ Grund für die Beschränkung der näheren Kennzeichnung des Mordes in § 212 StGB als besonders schweren Fall des Totschlags auf drei Regelbeispiele ist die Auffassung der Autoren, dass lediglich die von ihnen typisierten Regelbeispiele die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe rechtfertigen könnten, da sie entweder im ersten und zweiten Regelbeispiel eine zum erhöhten Erfolgsunrecht akzessorische Schuldschwere beinhalten oder im dritten Fall unter den Oberbegriff des besonders niedrigen Beweggrundes alle strafzumessungsrelevanten Beweggründe, Absichten, Ziele, Gesinnungen usw. subsumiert werden können.³¹ Denn nach ihrer Auffassung können objektive, unrechtserhöhende Umstände nicht schon für sich alleine die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe rechtfertigen, das würde gegen das Schuldprinzip verstoßen. Sie gehen deshalb davon aus, dass es ebenso notwendig einer schuldbasierten Legitimierung bedarf, die sich entweder schon aus den unrechtserhöhenden Tatumständen ableiten oder sich aus auf andere Weise typisierten Schuldserhöhungsfaktoren begründen lässt.³² Dem ist schwerlich etwas entgegen zu halten.³³ Die Frage ist jedoch, ob ein auf die genannten drei Regelbeispiele beschränkter Katalog die Legitimierungsmöglichkeiten für eine lebenslange Freiheitsstrafe wirklich erschöpft oder ob die Regelbeispiele nicht sogar schon zu allgemein gefasst sind, um den erforderlichen Unrechts- und Schuldgehalt hinreichend deutlich zu umschreiben.

d) Ein zweistufiges Modell, bei dem jede vorsätzliche Tötung den mit einem Strafrahmen von acht Jahren Freiheitsstrafe bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe versehenen Grundtatbestand „Mord“ erfüllt, der durch festgelegte unrechtsmindernde Privilegierungen abgemildert werden

²⁹ NStZ 2014, 9, 14.

³⁰ StV 2013, 582 ff.

³¹ *Kubik/Zimmermann* StV 2013, 588.

³² *Kubik/Zimmermann* StV 2013, 587 f; sowohl auch das BVerfG in BVerfGE 45, 227ff. und Folgeentscheidungen.

³³ *Krehl* ZRP 2014, 98, 99.

kann, vertritt *Grünwald*,³⁴ zu dem hier aber nichts weiter ausführen werden soll, da Frau Prof. Dr. Grünwald dieses Modell selbst referiert hat, auf deren Ausführungen Bezug genommen wird.

e) Einen umfassenden Reformvorschlag enthält ferner der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben) von *Heine et.al.* aus dem Jahr 2008,³⁵ der ebenfalls schon die vorsätzliche Tötung eines Menschen als „Mord“ bezeichnet und einen Strafrahmen von nicht unter fünf Jahren oder alternativ lebenslanger Freiheitsstrafe vorsieht. Für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe orientiert sich der Entwurf, ähnlich wie bereits das Gutachten von Eser für den 53. DJT, an Gefährlichkeitskriterien als unrechtssteigernde Umstände, die in einem acht Fallgruppen umfassenden Katalog aufgeführt werden, nämlich: Tötung oder Versuch der Tötung mehrerer Menschen durch eine oder mehrere Handlungen oder Lebensgefährdung für weitere Menschen durch die Tat; Tötung durch einen Täter, der in einem bandenmäßigen Zusammenschluss o.ä., der Gewalttätigkeiten zum Gegenstand hat; Tötung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse usw.; Tötung nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen; Töten um des Tötens willen; Töten zum Zweck der sexuellen Erregung; Töten zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat und Töten im Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen. Diese in drei Fällen an objektiven und im Übrigen an subjektiven Kriterien orientierten Untergruppen sollen jedoch nur dann die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe rechtfertigen, wenn die *konkrete Einzeltat besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist*.³⁶ Mit diesem Leitprinzip für die Auslegung der Regelbeispiele als Voraussetzung für die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe verfolgen die Verfasser das Ziel, dass auf die Höchststrafe nur erkannt werden kann, wenn dafür ein generalpräventiver Bedarf besteht. Zugleich soll mit diesen gefährlichkeits- und unrechtsbezogenen Kriterien den Meinungen in der strafrechtlichen Diskussion, die Mordqualifikationen nur mit Schuldsteigerung bzw. besonderer Verwerflichkeit begründen wollen, eine Absage erteilt werden.³⁷ Ob nun nur unrechts- oder nur schuldsteigernde Merkmale eine lebenslange Freiheitsstrafe legitimieren können, ist eine seit langem in der Wissenschaft diskutierter Streitfrage. Man mag sich vielleicht aus wissenschaftstheoretischen Gründen letztlich für das Verwerflichkeits- oder das Gefährlichkeitsprinzip entscheiden. Man kann aber auch, wie das geltende Recht und die Rechtsprechung, beiden Kriterien Berechtigung für die Legitimation lebenslanger Freiheits-

³⁴ Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010) S. 215 ff; *dies.* JA 2012, 401, 404 ff.

³⁵ GA 2008, 193 ff.

³⁶ GA 2008, 200 und 220 ff.

³⁷ GA 2008, 223 f.

strafe einräumen,³⁸ was ich für den besseren Weg halte, weil er der Lebenswirklichkeit und der allgemeinen Akzeptanz durch die Rechtsgemeinschaft eher entspricht als ein einseitig an Gefährlichkeits- oder Verwerflichkeitskriterien orientiertes festgelegtes Leitprinzip, das als Prototyp eine einheitliche Bewertung einzelner Fälle vorsätzlicher Tötungen als höchststrafwürdig vorgeben soll. M.E. ist vor allem die vom AE-Leben propagierte Leitlinie des *besonders erhöhten Unrechts, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist*, problematisch. Denn die vom Rechtsanwender im Einzelfall interpretatorisch herauszuarbeitende oder vielleicht auch nur „gefühlte“ Gefährlichkeit der konkreten Tat für die Allgemeinheit bzw. deren *Eignung zur Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit* relativiert als notwendige Voraussetzung für die Höchststrafe wieder den Stellenwert des Individualrechtsguts menschliches Leben in der Rangordnung der Rechtsgüter.³⁹ Denn nicht der auf besonders brutale, gefährliche oder sittlich verwerfliche Art vorsätzlich und uneingeschränkt vorwerfbar herbeigeführte Tod eines Menschen ist nach dieser Konzeption Grund und genügender Anlass, die Tat mit der gesetzlichen Höchststrafe zu ahnden, sondern erst die bedrohliche Wirkung für die Lebenssicherheit der Allgemeinheit. Solche Überlegungen gehören aber eher in den Maßregelbereich, der z.B. mit dem Institut der Sicherungsverwahrung gerade die Sicherheit der Allgemeinheit im Blick hat.⁴⁰ Zudem hat dieses Leitprinzip u.U. eine gefährliche populistische Komponente,⁴¹ da sich ein allgemeines Gefühl der eigenen oder familiären Bedrohtheit bei mehr oder weniger spektakulären Tötungsdelikten, z.B. von Kindern, medial leicht inszenieren lässt.⁴² Auch andere Stimmen in der Literatur sehen dieses „Leitprinzip“ aus ähnlichen Gründen als problematisch an,⁴³ möglicherweise sogar als Renaissance einer „Tätertypenlehre“.⁴⁴

Eine weitere Schwäche des AE-Leben sehe ich in dem Umstand, dass die Mordmerkmale der „Heimtücke“ und der Motivgeneralklausel „sonstige niedrige Beweggründe“ nicht mehr bzw. hinsichtlich der „niedrigen Beweggründe“ nur noch selektiv als Katalogfälle für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe im § 211 StGB - AE enthalten sind. Die Nr. 3 des Beispielkatalogs zählt als höchststrafwürdige Motive nur noch rassistisch, religiös, ethnisch

³⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 45, 187, 257 ff.

³⁹ Kritisch insoweit auch *Hirsch* in *Rissing-van Saan* - FS (2011) S. 219, 227 f.

⁴⁰ Das sehen allerdings auch die Autoren des AE-Leben, GA 2008, 193, 210.

⁴¹ Die Nähe zu anderen bedenklichen Leitbildern vermitteln – sicher ungewollt – die Ausführungen von *Heine*, GA 2000, 305, 307.

⁴² Es sei hier nur an die durch Aufsehen erregenden Tötungsdelikte und entsprechende Berichterstattungen in den Medien forcierte Gesetzgebung zur Sanktionen der nachträglichen Sicherungsverwahrung und nachträglichen Verlängerung der ursprünglich auf zehn Jahre befristeten ersten Anordnung von Sicherungsverwahrung gemäß den § 66 b und § 67 d StGB a.F. erinnert, Regelungen die grandios an der Rspr. des EGMR gescheitert sind. Eine Rspr., die letztlich auch das BVerfG veranlasst hat, seine früheren Entscheidungen zur verfassungsrechtlichen Billigung dieser Vorschriften zu revidieren. Vgl. dazu u.a. BT-Drs. 15/2887, 15/3146, BT-Drs. 16/1993 und BT-Drs. 16/ 4740; *Boetticher* NSTZ 2005, 417; *Rissing-van Saan* in *Nehm-FS* (2009) S. 191; *Uhlenbruch* NSTZ 2002, 466.

⁴³ *Kubik/Zimmermann* StV 2013, 587 f.

⁴⁴ *Hirsch* in: *Jahn/Nack Strafrechtsdialog*, Bd. 2 (2010), Diskussionsbericht S. 61 f.; *Kreuzer* in *Schöch-FS* (2010 ?) S. 507 f.

oder ähnliche, an der generellen Ablehnung bestimmter Personengruppen motivierte Tötungen auf, eigensüchtige Motive wie Neid, Rache, Eifersucht, Eigensucht o.ä. fehlen. Das Merkmal der Heimtücke soll nach den Vorstellungen der Autoren des AE-Leben gänzlich gestrichen werden, weil es der Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der unrechtserhöhenden Gemeingefährlichkeit nicht standhält.⁴⁵ Beide Mordmerkmale sind jedoch aus meiner, durch langjährige tat- und revisionsrichterliche Tätigkeit geprägte Sicht nicht verzichtbar. Wie bereits das Referat von *Prof. Dr. Dölling* zur Anwendung der Mordmerkmale in der Strafrechtspraxis gezeigt hat, sind die Merkmale der „Heimtücke“ und der „niedrigen Beweggründe“ von erheblicher praktischer Bedeutung.⁴⁶ Das bestätigt auch eine neuere Untersuchung anhand abgeschlossener Strafverfahren von *Höyneck/Behnsen/Haug* zu möglichen Auswirkungen der Konzeption des AE-Leben auf das Ergebnis von Strafverfahren, die Tötungsdelikte an kleinen Kindern zum Gegenstand haben.⁴⁷ Ein Verzicht auf die genannten beiden etablierten Merkmale könnte in der Zukunft zu Ergebnissen führen, die in der Rechtsgemeinschaft nur schwer vermittelbar wären, weil sie von dieser als unvertretbar milde empfunden würden.

IV. Eigene Überlegungen

1. Versteht man die Mordmerkmale als strafbegründende oder auch als qualifizierende Merkmale (das bleibt sich hier letztlich gleich), so müssen sie hinreichend bestimmt und geeignet sein, um sowohl Rechtssicherheit als auch Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten. Dass dies bei § 211 StGB heute noch gelingen kann, wird in der Literatur zu Recht schon wegen der ausufernden und auch für Eingeweihte nur schwer zu überschauenden Kasuistik der aktuellen Rechtsprechung in Frage gestellt.⁴⁸ Von dem in den frühen Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen des BGH hervorgehobenen Maß an Rechtssicherheit, dass durch den positiv wie negativ abschließenden Katalog des § 211 Abs. 2 StGB gewonnen würde, der unterschiedliche Wertungen durch die Gerichte ausschliesse,⁴⁹ kann heute angesichts der am Einzelfall orientierten einschränkenden oder ausweitenden⁵⁰ Subjektivierungs- und Normativierungstendenzen der Rechtsprechung redlicher Weise nicht mehr gesprochen werden. Das ist beim Mordmerkmal der Heimtücke besonders deutlich zu beobachten, bei dem die Rspr. nicht nur das von ihr geforderte Ausnutzungsbewusstsein des

⁴⁵ GA 2008, 211.

⁴⁶ Siehe hierzu auch *Prof. Dr. Schneider* in seinen „Thesen zur Heimtücke“.

⁴⁷ ZIS 2014/3, 102 ff.

⁴⁸ Siehe dazu oben und u.a. *Sch/Sch/Eser/Sternberg-Lieben* § 211 Rdn. 9; *Schneider* MK § 211 Rdn. 27 ff.; auch *Fischer* § 211 Rdn. 55.

⁴⁹ BGHSt. 9, 385, 388 f und 11, 139, 142 f.

⁵⁰ Zur wechselvollen Geschichte des Merkmals der Verdeckungsabsicht etwa BGHSt. 27, 346 und 35, 116; BGH NSTZ 1999, 615; 2004, 495; BGH bei *Alt Vater* NSTZ 2000, 18, 20; vgl. hierzu auch *Heine* GA 2000, 305, 311 f.

Täters hinsichtlich der Arglosigkeit des Tatopfers, sondern auch das Element der zeitlichen Koinzidenz von Arglosigkeit des Opfers und Beginn des Tötungsversuchs variabel benutzt, um den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht werden zu können.⁵¹ Dieses Streben nach Einzelfallgerechtigkeit ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das BVerfG in seinen Entscheidungen zur lebenslangen Freiheitsstrafe stets betont hat, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nur dann als verfassungsgemäß angesehen werden könne, wenn der Schuldgrundsatz gewahrt bleibe und die angedrohte bzw. verhängte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat stünde.⁵² Damit sind Bewertungen der Gesamtumstände des Einzelfalls notwendiger Weise vorgezeichnet. Der geltende § 211 StGB setzt der richterlichen Bereitschaft zu Normativierungen im Tatbestand und auf der Rechtsfolgenseite, wie sie in den Entscheidungen BGHSt. 30, 105 und BGHSt. 48, 207 zum Mordmerkmal der „Heimtücke“ zum Ausdruck gekommen ist, eigentlich schon durch Art. 20 Abs. 3 GG deutliche Grenzen.⁵³ Deshalb wurde bereits in diesem Zusammenhang zu Recht gefragt, ob es nicht besser wäre, statt Einzelelemente der Mordmerkmale ergebnisorientiert zu „modellieren“, einen minder schweren Fall des § 211 StGB offen auszuweisen.⁵⁴ Dem kann nur zugestimmt werden.

2. Es stellt sich allerdings die weitere Frage, wie und in welchem Umfang das Gesetz geändert werden muss, damit es den Anforderungen von Einzelfallgerechtigkeit *und* Rechtssicherheit genügt und gleichzeitig die Übernahme und Fortgeltung bewährter und allgemein akzeptierter Rechtsgrundsätze und Auslegungskriterien für § 211 StGB ermöglicht, die nicht ohne weiteres aufgegeben werden sollten.⁵⁵

a) Nach der hier vertretenen Auffassung bietet es sich an, die bisherigen Mordmerkmale in Regelbeispiele eines besonders schweren Falles einer vorsätzlichen Tötung umzuwandeln, der mit lebenslanger Freiheitsstrafe als Rechtsfolge geahndet werden kann.⁵⁶ Da Regelbeispiele den Richter nicht zwingen, einen besonders schweren Fall anzunehmen und dessen

⁵¹ Hierzu ausführlich jüngst wieder *Küper* GA 2014, 611 ff.

⁵² BVerfGE 45, 187, 259 ff.; 86, 288, 313; NJW 2009, 1061 Rdn. 27 f.

⁵³ Deutliche Kritik deshalb auch an der normativen Fiktion des Argwohns in BGHSt. 48, 207 bei *Hillenkamp* JZ 2004, 48, 49; *Küper* GA 2006, 310, 312; *Quentin* NStZ 2005, 128, 130, zurückhaltender, weil gegenüber dem Merkmal der Heimtücke ohnehin ablehnend *Roxin* in *Widmaier-FS* (2008) S. 741, 749 f. Einen anderen Weg schlägt *Müssig* in *Dahs-FS* (2005) S. 117, 135 ff. vor, der in Konfliktlagen oder bei zu missbilligendem, tatveranlassendem Opfervorverhalten eine Lösung über die objektive Zurechnung suchen will.

⁵⁴ *Küper* GA 2006, 313.

⁵⁵ Eine der heutigen durch die wenig bis gar nicht überschaubare Fallkasuistik zu § 211 StGB vergleichbare schwierige Situation gab es vor dem 1. StRG bei § 243 StGB a.F., der bis zum 1.4.1970 als Qualifikation des § 242 konzipiert war. Auch hier wurde als Mangel empfunden, dass die Qualifikationsmerkmale zu wenig Spielraum für die Besonderheiten des Einzelfalls ließen und die überbordende Kasuistik zu ungereimten und willkürlichen Ergebnissen führte. Der Gesetzgeber löste das Problem durch Umstieg auf Regelbeispiele für einen schweren Fall des Diebstahls in § 243, die er überwiegend den alten Qualifikationsmerkmalen entnahm, so dass die Rspr. hierzu zum Teil verwertbar blieb; vgl. *Lackner/Kühl* Vor § 243 Rdn. 1 f.; *Vogel* in *LK* 12. Aufl. § 243 Entstehungsgeschichte.

⁵⁶ Einen vergleichbaren Ansatz haben bereits *Eser* in seinem Gutachten D zum 53. DJT 1980 und die Autoren des AE-Leben 2008 vertreten. Auch andere Reformvorschläge haben Ähnliches angeregt, vgl. etwa *Beckmann* GA 1981, 337, 360; *Kubik/Zimmermann* StV 2013, 582, 586 ff. sowie die weiteren Fundstellen bei *Kubik/Zimmermann* dort Fn. 1.

höheren Strafraumen anzuwenden, sondern lediglich eine – wenn auch erhöhte - Indizwirkung entfalten, die dem Richter einen gewissen Ermessensspielraum bei der Gesamtbewertung des Einzelfalles belässt, sofern schwerwiegende Milderungsgründe vorliegen, die der Indizwirkung des verwirklichten Regelbeispiels entgegenwirken. Auf diese Art und Weise könnte der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus zwischen zu bejahendem Mordmerkmal und lebenslanger Freiheitsstrafe aufgelöst werden, ohne gleichzeitig auf die überkommenen Kriterien der Mordmerkmale und den dazu entwickelten anerkannten Rechtsgrundsätzen verzichten zu müssen. Notwendige Klarheit der gesetzlichen Vorgabe als Richtschnur für die Rechtsanwendung wäre ebenso gewährleistet wie eine, wenn auch eingeschränkte Flexibilität auf der Rechtsfolgenseite. Das würde der Rechtssicherheit dienlich sein und zugleich eine größere Einzelfallgerechtigkeit erlauben, weil die strafehöhende indizielle Wirkung eines verwirklichten Regelbeispiels durch besondere, das Unrecht oder die Schuld erheblich abmildernde Umstände in der Tat oder der Person des Täters aufgehoben werden kann und diese Tatumstände auch in die konkrete Bemessung der Strafe einfließen können. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des Ausgangs eines Strafverfahrens, das eine vorsätzliche Tötung zum Gegenstand hat, würden sich gemessen an der gegenwärtig nahezu unüberschaubare Kasuistik zum geltenden Recht eher verbessern, mit Sicherheit aber nicht verschlechtern, weil sich die Umgehungsstrategien zur Vermeidung einer unbilligen lebenslangen Freiheitsstrafe erübrigen würden. Eine Regelbeispielmethode wäre überdies ehrlicher und nachvollziehbarer als eine Interpretation von Tatbestands- bzw. Qualifikationsmerkmalen hart an der Wortlautgrenze oder mit je nach Einzelfall wechselndem Inhalt.

b) Die Indizwirkung des Regelbeispiels sollte allerdings – jedenfalls bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten – nur durch schwerwiegende Milderungsgründe widerlegt werden können.⁵⁷ Die gesetzlichen Vorgaben für die einzelnen Regelbeispiele haben nach der Rechtsprechung⁵⁸ zumindest tatbestandsähnlichen Charakter,⁵⁹ zwischen Regelbeispielen besonders schwerer Fälle und selbstständig ausformulierten Qualifikationstatbeständen besteht „kein tiefgreifender Wesensunterschied“.⁶⁰ Sie dienen als Maßstab für die richterliche Entscheidung, gewährleisten so eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Tatgerichte und ermöglichen die rechtliche Überprüfung durch die Rechtsmittelgerichte. Die Tatrichter sind schon verfahrensrechtlich nach § 267 Abs. 2 und Absatz 3 Satz 2 und 3 StPO in ihren Urteilsbegründungen zu einer sorgfältigen Darlegung und Auseinandersetzung mit den Vo-

⁵⁷ BGH NSTz 2004, 265 f. zu § 263 Abs. 3 StGB; siehe außerdem *Fischer StGB* zu § 113 Rdn. 37 zu den besonders schweren Fällen in Abs. 2 StGB und *ders* § 243 Rdn. 2, sowie allgemein *Lackner-Kühl* § 46 Rdn. 13.

⁵⁸ BGHSt. 33, 370, 374 mit Anm. *Schäfer* JR 1986, 522.

⁵⁹ BGH aaO S. 375 f.

⁶⁰ BGHSt. 26, 167, 173. Deshalb werden die Regelbeispiele von einigen Vertretern der Wissenschaft auch als Tatbestandsmerkmale eingestuft, so u.a. *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht (2004) S. 172 ff. sowie die weiteren Nachw. bei *Lackner/Kühl* § 46 Rdn. 11.

raussetzungen der Regelbeispiele eines besonders schweren Falles oder deren Fehlen verpflichtet.⁶¹

c) Ein Versuch des besonders schweren Falles, der durch Regelbeispiele konkretisiert wird, ist nach h.M. möglich, bei den hier in Rede stehenden vorsätzlichen Tötungsdelikten jedenfalls dann, wenn schon bei der oder durch die Versuchshandlung ein Regelbeispiel vorliegt oder erfüllt wird,⁶² das in der Regel auch zur Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe führt. Allerdings kann dann z.B. der Strafraum nach Versuchsgrundsätzen gemildert werden, wenn nicht schon die Indizwirkung des Regelbeispiels wegen des fakultativen Strafmitigerungsgrundes des § 23 Abs. 2 StGB verneint werden sollte. Hier käme es dann auf die Nähe zur Tatvollendung bzw. die Gefährlichkeit des Versuchs an.

3. Die Regelbeispieltechnik ist allerdings stets umstritten gewesen, vor allem werden von ihren Kritikern eine relative Unbestimmtheit und fehlende Rechtssicherheit bemängelt, so dass diese Gesetzgebungsmethode für die Vertreter, die dieser Gesetzgebungsmethode grundsätzlich ablehnend gegenüberstehend, erst Recht ungeeignet zur Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte erscheint.⁶³ Dieses Argument fällt angesichts der Realität der höchstrichterlichen Rechtsprechung hier nicht sonderlich ins Gewicht und es erstaunt zumindest bei den Kritikern, die ihrerseits als Reformvorschlag ein einstufiges System mit einem einzigen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung favorisieren, der mit einem weiten Strafraum versehen ist, so dass alle Fallbesonderheiten von den Gerichten erst bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind.⁶⁴ Bestimmtheit, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit würden bei einer solchen weit gefassten Strafnorm zur Regelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte auf ganzer Linie der Individualgerechtigkeit untergeordnet und der Verfahrensausgang dem Ermessen der Gerichte überlassen. Demgegenüber unterscheiden sich Regelbeispiele von abschließenden Qualifikationsmerkmalen, wie auch einzelne Kritiker einräumen,⁶⁵ lediglich dadurch, dass der Richter zugunsten des Angeklagten von der Anwendung der strengeren Rechtsfolge absehen kann, wenn besondere Umstände des Einzelfalles dies nahelegen.⁶⁶

⁶¹ So auch *Kubik/Zimmermann* StV 2013, 582, 586 f.

⁶² Das es zu ähnlich umstrittenen Fallgestaltungen kommen kann, wie etwa bei § 243 StGB, vgl. dazu *Fischer* StGB § 46 Rdn. 97 ff.; *Lackner-Kühl* § 46 Rdn. 15 jeweils m.w.Nachw., erscheint bei den zu Regelbeispielen umformulierten Mordmerkmalen, eher unwahrscheinlich, da bei einem Verhalten, das als Beginn des Versuchs eines vorsätzlichen Tötungsdelikts anzusehen ist, m.E. wenig streitige Konstellationen auftreten können. Dies gilt nicht nur für die subjektiven Mordmerkmale, die von Beginn an das Täterverhalten bestimmen müssen. Für die objektiven Merkmale, die schon durch bzw. bei der ersten mit Tötungsvorsatz vorgenommenen Handlung erfüllt sein bzw. vorgegeben sein müssen, gilt nichts anderes. Allenfalls das Merkmal der Gemeingefährlichkeit bzw. Nr. 4 der vorgeschlagenen Regelbeispiele könnte hier schwierig zu beurteilende Fallkonstellationen nach sich ziehen.

⁶³ U.a. *Callies* NJW 1998, 929; *Freund* ZStW 109 (1997), 455; *Gössel* in *Hirsch-FS* (1999) S.287; *Hirsch* in *Gössel - FS* (2002) S. 287; *Köhne* ZRP 2007, 165, 167 und ZRP 2014, 21, 23.

⁶⁴ So insbesondere *Köhne* ZRP 2007, 167.

⁶⁵ Vgl. etwa *Hirsch* in *Gössel-FS* S. 291 ff.

⁶⁶ So zutreffend auch *Eisele*, *Die Regelbeispielsmethode*, S. 397 f.

4. Die Regelbeispielstechnik erscheint daher als ein gangbarer Weg für eine Reform der §§ 211, 212 StGB. Eine solche Konzeption würde auch nicht Gefahr laufen, gegen die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen, insbesondere nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu verstoßen. Das BVerfG hat bereits 1977 die Regelbeispielmethode bei besonders schweren Fällen als grundsätzlich verfassungsgemäß gebilligt,⁶⁷ weil die Rechtsfigur des besonders schweren Falles unter Benennung von Regelbeispielen den Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit genüge. Ebenso hat es knapp ein Jahr später den unbenannten besonders schweren Fall des Totschlags in § 212 Abs. 2 StGB, der wie § 211 StGB die absolute Strafdrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe vorsieht, unter Hinweis auf BVerfGE 45, 363 verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Zwar enthalte § 212 Abs. 2 StGB keine Regelbeispiele, aber aus § 211 StGB ergäben sich Hinweise darauf, welchen Unrechts- und Schuldgehalt der Gesetzgeber für die absolute Strafdrohung voraussetze. Diese könnten als hinreichend sichere Kriterien auch für die Auslegung des § 212 Abs. 2 StGB herangezogen werden.⁶⁸

V. Reformvorschlag

Auf der Grundlage meiner bisherigen Überlegungen schlage ich folgende sprachliche Bereinigung und Neufassung der §§ 211, 212 StGB vor:

§ 211 Mord

- 1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren, in einem besonders schweren Fall mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- 2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter das Opfer
 - (1) zur seiner sexuellen Erregung oder Befriedigung, aus Freude am Töten, aus Habgier, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat oder aus einem anderen besonders niedrigen Beweggrund,
 - (2) in qualvoller Weise,
 - (3) unter Ausnutzung seiner Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit tötet,

oder

- (4) mehrere Menschen tötet, zu töten versucht oder durch die Tat in eine konkrete Gefahr für Leib und Leben bringt,

⁶⁷ BVerfGE 45, 363 ff (zu § 94 Abs. 2 StGB), Beschluss v. 21.6.1977 – 2 BvR 308/77.

⁶⁸ BVerfG Beschluss v. 24.4.1978 – 1 BvR 425/77, JR 1979, 28 ff. mit kritischer Anm. *Bruns*. Siehe hierzu auch *Eisele*, Die Regelbeispielmethode, S. 394 ff.

(5) als Mitglied einer Bande oder Organisation tötet, die die Begehung von Gewalttaten zum Gegenstand hat.

§ 212 Totschlag

Wer einen anderen Menschen, tötet wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren bestraft, wenn er

1) ohne eigene Schuld durch eine ihm, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person zugefügten Misshandlung oder schweren Beleidigung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbare heftige Gemütsbewegung versetzt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen wird,

oder

2) aus Verzweiflung handelt, um sich, einen Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person aus einer unverschuldeten und ihm ausweglos erscheinenden Zwangslage zu befreien,

oder

3) durch eine vergleichbare schwere Konfliktlage zur Tötung bestimmt wird.

Es erscheint nicht angebracht, hier (§ 212 StGB), auch den Fall der Kindestötung durch die Mutter in oder gleich nach der Geburt (§ 217 StGB a.F.) aufzunehmen,⁶⁹ da diese Situation m.E. nicht generell mit den anderen sog. „minder schweren“ Fällen einer vorsätzlicher Tötung gleich zu vergleichen ist, sondern spezielle Probleme aufweist, die besser in einer eigenen Norm geregelt werden sollten.⁷⁰

§ 213 wird gestrichen.

VI. Begründung

1. Der Gesetzesvorschlag greift die vielfach am Wortlaut der gegenwärtigen Fassung der §§ 211, 212 StGB geübte Kritik auf und streicht die täterstrafrechtlich gefärbten Worte „Mörder ist“ im § 211 StGB und „ohne Mörder zu sein“ des § 212 StGB, weil sie historisch belastet und überflüssig sind. Ferner wird als Tatopfer ausdrücklich der „andere Mensch“ genannt, um klarzustellen, dass die Selbsttötung keine tatbestandliche Handlung ist.

Bewusst verzichtet wird auf ein einheitliches Leitprinzip zur Kennzeichnung oder als Auslegungsrichtlinie für die mit der höchsten Strafe zu ahndenden besonders schweren vorsätzli-

⁶⁹ So aber z. B. *Eser* Gutachten 53. DJT D 201 und *Hirsch* in *Gössel*- FS S. 231.

⁷⁰ Wie im Übrigen auch Frau VRinOLG Pisal in ihrem Gastvortrag dargelegt hat.

chen Tötungsfälle, wie es im AE-Leben vorgesehen ist und auch von anderen Vertretern der Wissenschaft gefordert wird.⁷¹ Einheitliche Leitprinzipien sind nicht unumstritten und wirken gelegentlich etwas bemüht, um eine Leitbildeinheitlichkeit der verschiedenen Qualifikationskriterien herzustellen.⁷² Sie decken in der Regel auch nicht alle Fälle ab, die nach herkömmlicher Auffassung und Akzeptanz durch die Rechtsgemeinschaft höchststrafwürdige vorsätzliche Tötungsvarianten darstellen. Leitprinzipien der geltenden Gesetzesfassung sind das Verwerflichkeits- und das Gefährlichkeitsprinzip, die in dem geltenden Katalog des § 211 Abs. 2 StGB kombiniert werden und gleichwertig nebeneinander stehen. Diese Kombination hat sich aus hiesiger Sicht bewährt, weil sie die Vielfältigkeit des Lebens widerspiegeln, die sich nicht in plakative Einheitsleitlinien zwingen lässt, und sollte deshalb beibehalten werden.⁷³

2. Der Vorschlag greift aber die Ideen u.a. von *Eser* im Gutachten D zum 53. DJT und der Autoren des AE-Leben auf, den Grundtatbestand vorsätzlicher Tötungsdelikte unter § 211 StGB zu regeln und zusammen mit den strafehöhend wirkenden Regelbeispielen als „Mord“ zu bezeichnen, während § 212 StGB als „Totschlag“ die minder schweren Fällen vorsätzlicher Tötungen enthält. Auf diese Weise wird dem Rechtsgut „Leben“ die herausgehobene Stellung, die ihm von der Verfassung in der Gesamtheit der Rechtsgüter zugewiesen ist und ihm auch im Strafrecht zukommt, klar zum Ausdruck gebracht. Mord und Totschlag sind überkommene Begriffe, die in der Bevölkerung und der tradierten Rechtsauffassung verwurzelt sind.⁷⁴ Sie sollten schon aus Akzeptanzgründen beibehalten werden.

3. Nach allgemeinem Verständnis bezeichnet „Mord“ die höchststrafwürdigen Fälle vorsätzlicher Tötungen, der Begriff des „Totschlags“ wird demgegenüber mit weniger strafwürdigen Taten, die in Konfliktsituationen oder affektiven Ausnahmezuständen begangenen werden, in Verbindung gebracht. § 213 StGB wird nach hiesiger Vorstellung überflüssig und kann gestrichen werden.

4. Als Strafraum wird für das Grunddelikt in § 211 StGB-E eine Mindeststrafe von zehn Jahren und die lebenslange Freiheitsstrafe für besonders schwere Fälle vorgesehen. Da durch die Umwandlung der Mordmerkmale in Regelbeispiele der Exklusiv-Absolutheits-Mechanismus des geltenden § 211 StGB aufgelöst wird, so dass das gegenwärtige einzige Alleinstellungsmerkmal für höchststrafwürdige Fälle vorsätzlicher Tötungen entfällt,⁷⁵ erscheint für das Grunddelikt der „einfachen“ Mordfälle die sonst übliche Mindeststrafe für Ver-

⁷¹ U.a. *Eser* in seinem Gutachten zum 53. DJT D 50 ff.; *Heine* GA 2000, 305, *Köhne* ZRP 2007, 165 und ZRP 2014, 21.

⁷² Kritisch zu einem einheitlichen Leitprinzip bei § 211 StGB insbes. *Albrecht*, JZ 1082, 697 ff.

⁷³ Ähnlich *Albrecht*, a.a.O. S. 705 f.

⁷⁴ *Hirsch* in *Rissing-van Saan* - FS (2011) S. 219, 225.

⁷⁵ Die lebenslange Freiheitsstrafe ist jedenfalls keine singulär den Delikten gegen das menschliche Leben vorbehaltene Rechtsfolge, siehe oben I. *Einleitung*.

brechen von fünf Jahren zu gering.⁷⁶ Im Übrigen ist eine Mindeststrafe von zehn Jahren im Besonderen Teil des StGB nicht ungewöhnlich, so zum Beispiel für leichtfertig durch die Begehung etwa eines Raubes (§ 251 StGB) oder einer sexuellen Nötigung (§ 178 StGB) verursachten Todesfolge. Bei den genannten Delikten kommt zwar unrechtserhöhend die Begehung einer weiteren Straftat, in der Regel eines weiteren Verbrechens, hinzu, es genügt jedoch die *leichtfertige* Todesverursachung, während es im vorliegenden Regelungszusammenhang um *vorsätzliche* Tötungen geht.

5. Die weitere Frage stellt sich, ob das Unrecht der Vernichtung menschlichen Lebens überhaupt steigerungsfähig ist, so dass man gegebenenfalls keine besonders schweren Fälle einer vorsätzlichen Tötung definieren kann, sondern höchstens minder schwere Fälle in Form von Privilegierungen bei Verringerung des Unrechtsgehalts durch vorausgegangenes rechtlich relevantes Opferverhalten⁷⁷. Wenn man aber neben einem Erfolgsunrecht auch ein selbstständig zu gewichtendes Handlungsunrecht anerkennt, lassen sich durchaus auch auf der Unrechtsebene Differenzierungen bzw. Steigerungen begründen, etwa wenn zusätzlich ein weiteres Rechtsgut verletzt wird, oder der Tötungsvorgang das Opfer zusätzlichen, über den Tötungsakt hinausgehenden körperlichen oder seelischen Qualen aussetzt, oder das Vertrauen des Opfers auf besonders niederträchtige Weise missbraucht wird, usw. Ebenso lassen sich auf der Schuldebene Abstufungen begründen. Das belegt schon die Existenz der relativ weiten Strafraumen im Besonderen Teil des StGB, die die unterschiedlichsten Rechtsgutsverletzungen der Straftatbestände des durch das Schuldstrafrecht geprägten StGB sanktionieren und die Verhängung unterschiedlich hoher Strafen zulassen.

6. Die Vorschläge für die Regelbeispiele des besonders Falles orientieren sich am gegenwärtigen Merkmalskatalog des § 211 Abs. 2 StGB und bei Umformulierungen an anderen Reformvorschlägen, insbesondere an *Eser's* Gutachten D zum 53. DJT und teils auch am AE-Leben. Die einzelnen Kriterien werden hier in diesem Zusammenhang, soweit sie herkömmliche Mordmerkmale beinhalten, nicht inhaltlich diskutiert, sondern es wird nur dargelegt, warum sie in der vorgeschlagenen Form als Regelbeispiel geeignet erscheinen.

7. In der Nr. 1 werden die bisher in der ersten und dritten Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB enthaltenen Motive und Absichten zusammengefasst. Die sexuell motivierte Tötung eines anderen Menschen wird im Unterschied zum geltenden Rechts um die sexuelle Stimulierung erweitert, um sicher zu stellen, dass alle sexuelle Motive erfasst werden, die ein Menschen-

⁷⁶ *Eser* ging bei seinem Gesetzesvorschlag im Gutachten zum 53. DJT mit einer Mindeststrafe von acht Jahren von der damaligen Gesetzeslage aus, die noch in § 213 StGB einen minder schweren Fall des Totschlags mit einem Strafraumen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vorsah. Noch weiter als der vorliegende Vorschlag geht *Walter* NSStZ 2014, 368, 374 ff., der allerdings ganz auf lebenslange Freiheitsstrafe verzichten will, mit seinem Vorschlag eines Strafraumens für Mord von nicht unter 15 Jahren bis zu 30 Jahren.

⁷⁷ So *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, S. 368 ff., 378 ff und auch in den Beratungen der Expertengruppe von ihr vertreten

leben den eigenen Bedürfnissen unterordnen. Die bisherige Motivgeneralklausel sollte ebenfalls in der Form der anderen besonders niedrigen Beweggründe⁷⁸ beibehalten werden, obwohl ein unbenannter besonders schwerer Fall möglich ist. Denn ob ein von den genannten Motiven oder Absichten nicht genannter eigensüchtiger Beweggrund wie z.B. Wut, Eifersucht, Hass geeignet ist, einen besonders schweren Fall zu bejahen, ist im Kontext der Nr. 1 einfacher zu begründen, als ein unbenannter besonders schwerer Fall der vorsätzlichen Tötung (§ 212 Abs. 2 StGB der geltenden Fassung), der gerade nicht unmittelbar durch die Regelbeispiele abgebildet wird.

8. Die Nrn. 2 und 3 greifen die Mordmerkmale „grausam“ und „heimtückisch“ auf. Die Formulierung „ auf grausamen Weise“ soll auf die für die Annahme des Regelbeispiel ausreichende objektive Art der Ausführung der Tat hinweisen, die dem Opfer zusätzliche schwere seelische oder körperliche Qualen zufügt, eine „gefühllose unbarmherzige Gesinnung“, wie sie heute von der Rspr. und der hM verlangt wird, ist nicht erforderlich, da gegebenenfalls nicht höchststrafwürdig erscheinende subjektive Befindlichkeiten des Täters durch Verneinung des Regelbeispiels abgedeckt werden können. Das Merkmal der „Heimtücke“ sollte um den Schutz generell hilfloser Personen erweitert werden, damit auch solche Opfer erfasst werden können, die nicht als Folge ihrer Arglosigkeit, sondern wie Kleinkinder und Bewusstlose konstitutionell wehrlos sind. Streitige Konstellationen, wie etwa die Tötung eines an einen Rollstuhl gefesselten oder eines gelähmt im Bett liegenden Opfers, das sich vielleicht noch durch Hilferufe bemerkbar machen könnte, aber keine potentielle Hilfsperson in der Nähe hat, könnten ebenfalls erfasst werden.

9. Von Nr. 4 sollen als neu einzuführendem Straferhöhungsgrund die geplante und ausgeführte Mehrfachtötung durch *eine* materiell-rechtliche Tat im Sinn des § 52 Abs. 1 StGB, auch soweit es insgesamt oder hinsichtlich einzelner Opfer beim Versuch geblieben ist, erfasst werden, ebenso - in abgewandelter Form - die Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel. Ferner soll mit Nr. 5 der ebenfalls neue Strafschärfungsgrund der bandenmäßigen oder organisierten Tatbegehung als Regelbeispiel aufgenommen werden, der angesichts der weltweit zunehmenden Tätigkeiten terroristischer Vereinigungen, aber auch der zunehmenden rücksichtslosen organisierten Kriminalität, für die Allgemeinheit besonders gefahrenträchtige kriminelle Tätigkeiten erfasst.

10. Der Katalog des § 211 Abs. 2 StGB-E ist nicht abschließend, sondern lässt einen unbenannten besonders schweren Fall zu. Dadurch soll der § 212 Abs. 2 StGB des geltenden Rechts ersetzt werden, der bei der vorgeschlagenen Neufassung des Gesetzes entfällt.

⁷⁸ Das „besonders niedrig“ soll die moralisierend wirkende Wendungen der bisher gängigen Formel der Rspr. von Motiven, die „nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen“, die zur Erfüllung der Motivgeneralklausel notwendig sein sollen, überflüssig machen bzw. ersetzen.

Dass hinsichtlich eines solchen unbenannten besonders schweren Falles bisher vom BVerfG keine verfassungsrechtlichen Einwände erhoben worden sind, wurde bereits dargelegt.

11. Abschließend ist zu dem Privilegierungstatbestand des Totschlags § 212 StGB-E auszuführen:

Die Milderungsgründe werden ebenfalls als Regelbeispiele formuliert. Nr. 1 enthält die bisherige erste Alternative des § 213 StGB, die Nr. 2 und 3 sollen die Fallkonstellationen und vergleichbare Tatumstände erfassen, die für den Großen Senat für Strafsachen in BGHSt. 30,105 Anlass waren, die Rechtsfolgenlösung zu entwickeln. Ebenso fallen durch zu missbilligendes Opfervorverhalten mitverschuldete Ausnahmesituationen oder Panikreaktionen des Täters wie z.B. in BGHSt 48, 207 hierunter. Zu den Bezugs-/Schutzpersonen, deren Bedrohung usw. beim Täter affektive Ausnahmesituationen o.ä. auslösen können, werden im hiesigen Vorschlag auch dem Täter aus anderen Gründen nahestehende Personen, wie Lebenspartner oder enge Freunde gerechnet, da die Beziehung eines Täters zu solchen Personen u.U. emotional enger sein kann als zu leiblichen Verwandten.

Die bei § 212 StGB-E gegenüber § 213 StGB erhöhte Mindeststrafe von zwei Jahren ergibt sich systementsprechend aus dem Ausgangspunkt der zeitigen Mindeststrafe von zehn Jahren für einen (einfachen) Mord nach § 211 StGB-E, der für die Privilegierung des § 212 StGB-E analog § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine Mindeststrafe von zwei Jahren angemessen erscheinen lässt.

Einer gesonderten Privilegierung für die mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden besonders schweren Fälle vorsätzlicher Tötungen bedarf es nicht. Liegen neben einem oder mehreren Regelbeispielen gleichzeitig Umstände vor, die von § 212 Nr.1, 2 oder 3 StGB-E erfasst werden, stellt sich die Frage, ob die Indizwirkung eines formal gegebenen Regelbeispiels durch einen Milderungsgrund des § 212 StGB-E aufgehoben wird, so dass der zeitige Strafraum des § 211 Abs. 1 StGB-E zum Zuge käme. Bleibt es trotz des Vorliegens eines Milderungsgrundes nach § 212 StGB-E bei der Bewertung einer vorsätzlichen Tötung als besonders schwerer Fall, kommt eine Milderung ohnehin nicht in Betracht, es bleibt bei der lebenslangen Freiheitsstrafe. Eine weitere Milderung erscheint bei einem Zusammentreffen von Regelbeispielen des § 211 StGB-E mit Regelbeispielen des § 212 StGB-E allenfalls dann angezeigt und sinnvoll, wenn darüber hinausgehende erhebliche Milderungsgründe vorlägen. Eine solche Fallgestaltung erscheint kaum vorstellbar, wäre aber gegebenenfalls durch eine zusätzliche Möglichkeit der Strafmilderung in § 212 StGB-E darzustellen.

14. Prof. Dr. Markus Rothschild

Die Rechtsmedizin als Hilfswissenschaft der Einordnung von Tötungsdelikten



**UNIKLINIK
KÖLN** | Institut für
Rechtsmedizin


Die Rechtsmedizin als Hilfswissenschaft der Einordnung von Tötungsdelikten

Markus A. Rothschild



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

Vortrag für die Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte
Berlin, 18. März 2015



**UNIKLINIK
KÖLN** | Institut für
Rechtsmedizin

§ 211 StGB (Mord)

(2) Mörder ist, wer

Subjektive Beweggründe	{	<ul style="list-style-type: none">▪ aus Mordlust,▪ zur Befriedigung des Geschlechtstriebes,▪ aus Habgier▪ oder sonst aus niedrigen Beweggründen,
Art der TatAusführung	{	<ul style="list-style-type: none">▪ heimtückisch oder▪ grausam oder▪ mit gemeingefährlichen Mitteln oder
Subjektive Beweggründe	{	<ul style="list-style-type: none">▪ um eine andere Straftat zu ermöglichen oder▪ zu verdecken, <p>einen Menschen tötet.</p>



- Subjektive
Beweggründe
- aus Mordlust,
 - zur Befriedigung des Geschlechtstriebes,
 - aus Habgier
 - oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

„Gretchenfrage“:

Was hat der Täter gemacht, was er nicht hätte tun müssen?



... aus Mordlust

- will einen Menschen sterben sehen
- aus Mutwillen
- aus Angeberei
- aus Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens
- aus Zeitvertreib
- Tötung als nervliches Stimulans oder „sportliches Vergnügen“

Rechtsmedizin: Keine spezifischen oder wegweisenden Befunde



... zur Befriedigung des Geschlechtstriebes

Hinweise darauf,

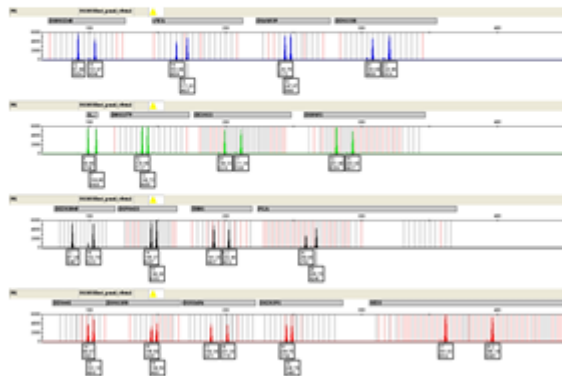
- dass geschlechtliche Befriedigung in der Tötung gesucht wurde
- dass getötet wurde, um sich danach an der Leiche sexuell zu befriedigen

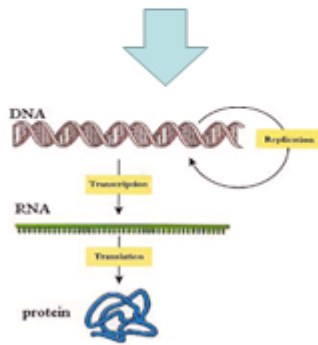
Rechtsmedizin:

- Verletzungen an den primären und sekundären Geschlechtsorganen
- Manipulationszeichen an den Geschlechtsorganen
- Besondere Inszenierungen (Lage der Leiche, Fundort etc)
- Nachweis von Speichel und/oder Spermaspuren
- Postmortale Verletzungen



... zur Befriedigung des Geschlechtstriebes





Molekularbiologischer Nachweis menschlicher Körperflüssigkeiten und Gewebe an Spuren

- Die Boten-RNA (mRNA) ist das Zwischenprodukt, mit dem die genetische Information der DNA in Proteine umgesetzt wird.
- Zellen haben ein mRNA-Expressionsmuster, das spezifisch für jeden Zelltyp ist
- DNA (für den genetischen Fingerabdruck) und mRNA (für die Bestimmung des Zelltyps) können gleichzeitig aus einer Tatortspur extrahiert werden.

Das "genetische Phantombild"

Anwendung eines SNP-Panels zur Vorhersage äußerer Körpermerkmale:

- Haarfarbe
- Hautfarbe
- Augenfarbe
- Biologisches Alter
- Gesichtsmarkmale





... aus Habgier

- Ein noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis
- Raubmord
- Sichern der Beute eines noch unbeendeten Raubes
- Erhalten einer Erbschaft

Rechtsmedizin: Keine spezifischen oder wegweisenden Befunde



... oder sonst aus niedrigen Beweggründen

- Niedrig, wenn sie als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen
- Eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat
- Nähe zu anderen Mordmerkmalen

Rechtsmedizin: Keine spezifischen oder wegweisenden Befunde,
Anzeichen für Hass (?)



... heimtückisch

... handelt, wer die **Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers bewusst ausnutzt.
Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein.
Der Täter überrascht sein Opfer in hilfloser Lage.

Arglos ist, wer ...

- sich zur Tatzeit eines Angriffs nicht versieht
- die positive Vorstellung hat, vor einem Angriff sicher zu sein

Rechtsmedizin:

- Verletzungen an rückwärtigen Körperpartien
- Fehlen von Abwehrverletzungen



... heimtückisch

Der **Schlafende** ist idR arglos, wenn er die Arglosigkeit mit in den Schlaf nimmt.
(BGH 23, 119 ff.; 32, 386)

ABER:

Rechtsmedizin:

Schlaf zum Angriffs-/Todeszeitpunkt nicht direkt feststellbar



... heimtückisch

... handelt, wer die **Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers bewusst ausnutzt.
Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein.
Der Täter überrascht sein Opfer in hilfloser Lage.

Wehrlos ist, wenn dem Opfer...

- die natürliche Abwehrbereitschaft/-fähigkeit fehlt oder stark eingeschränkt ist
- jede Möglichkeit sinnvoller Einwirkung auf den Täter genommen ist

Rechtsmedizin:

- Intoxikation
- Fesselungsspuren



... grausam

... tötet, wer seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung
Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach
Stärke oder Dauer über das **für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen**.
(BGH 3, 180, 264; 37, 40; NStZ 82, 379; 89, 363; 94, 239 [Anm. Fabricius StV 95, 637]; StV 84, 509;
97, 565; MDR/H 87, 623; OGHSt. 1, 99; 371, 2, 116; LK-Jähnke 53; SK-Horn 41 ff.; Arzt/Weber 2/51;
vgl. auch BVerfGE 87, 226)

An sich regelmäßig grausame Tötungsarten:

- Verbrennen
- Erfrieren lassen
- Verhungern/Verdursten lassen
- Ingangsetzen eines seiner Art nach sukzessive ablaufenden Tötungs-
geschehens mit zwangsläufig besonders gravierenden Leiden des Opfers



... grausam

... tötet, wer seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung **Schmerzen oder Qualen** körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das **für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen**.
(BGH 3, 180, 264; 37, 40; NStZ 82, 379; 89, 363; 94, 239 [Anm. Fabricius StV 95, 637]; StV 84, 509; 97, 565; MDR/JH 87, 623; OGHSt.1, 99; 371, 2, 116; LK-Jähnke 53; SK-Horn 41 ff.; Arzt/Weber 2/51; vgl. auch BVerfGE 87, 226)

Aufgrund der vom Täter gesteuerten Ausführungsart:

- Vorgegangene Folterungen
- Vorgegangene Tötung von Angehörigen
- Tatvorbereitungen vor den Augen des Opfers



... mit gemeingefährlichen Mitteln

Gemeingefährlich ist ein Mittel, wenn es durch seine Anwendung im konkreten Fall eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl anderer Personen mit sich bringt.
(RG 5, 309; BHG 34, 13 f.; 38, 353 f.; NJW 85, 1477 f.; S/S-Eser 29, 18; LK-Jähnke 57; aA SK-Horn 49)

Gemeingefährlich:

- Tötung durch Brandstiftung
- Einsatz von Sprengstoff
- Breiter Einsatz von Gift /radioaktiven Substanzen



... um eine andere Straftat zu ermöglichen

Z. B. Tötung ...

- eines Wachmannes vor dem Einbruch
- eines Justizvollzugsbeamten vor einem gewaltsamen Ausbruch
- um die Schutzperson eines späteren Opfers auszuschalten
- um dem Opfer Geld abzunehmen
- um betrügerisch Zahlungen aus der Lebensversicherung d. Opfers zu erlangen

Rechtsmedizin:

Keine spezifischen Befunde, da die effektive Tötung das Ziel ist.



... oder zu verdecken

Z. B. Tötung ...

- des einzigen Tatzeugen
- eines Verfolgers, um unerkannt zu entkommen
- des Opfers, damit nicht durch dessen Schreie Dritte aufmerksam werden
- zur Verhütung der Aufklärung früherer Taten als Folge einer Festnahme
- zur Verdeckung der Straftat eines anderen

Rechtsmedizin:

Hinweise für vorangegangene Körperverletzung

Hinweise für vorangegangenen sexuellen Missbrauch / Vergewaltigung



Was die Rechtsmedizin idR beantworten kann:

- Todesursache und –umstände
- Handlungsfähigkeit
- Rettungsfähigkeit
- Innere Erkrankungen und Anomalien, Schwangerschaft
- Toxikol. Beeinflussung zum Todeszeitpunkt
- Reihenfolge von Verletzungen (in engen Grenzen)
- Abschätzung der Dauer eines Vorganges
- Abschätzung der Schmerzhaftigkeit

 **UNIKLINIK
KÖLN** | Institut für
Rechtsmedizin

Die Ärztliche Leichenschau als Instrument zum Aufdecken von Tötungsdelikten

Markus A. Rothschild

 Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

Vortrag für die Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte
Berlin, 18. März 2015

 **UNIKLINIK
KÖLN** | Institut für
Rechtsmedizin

Problem der 2 Flaschenhälse

Ärztliche
Leichenschau





§

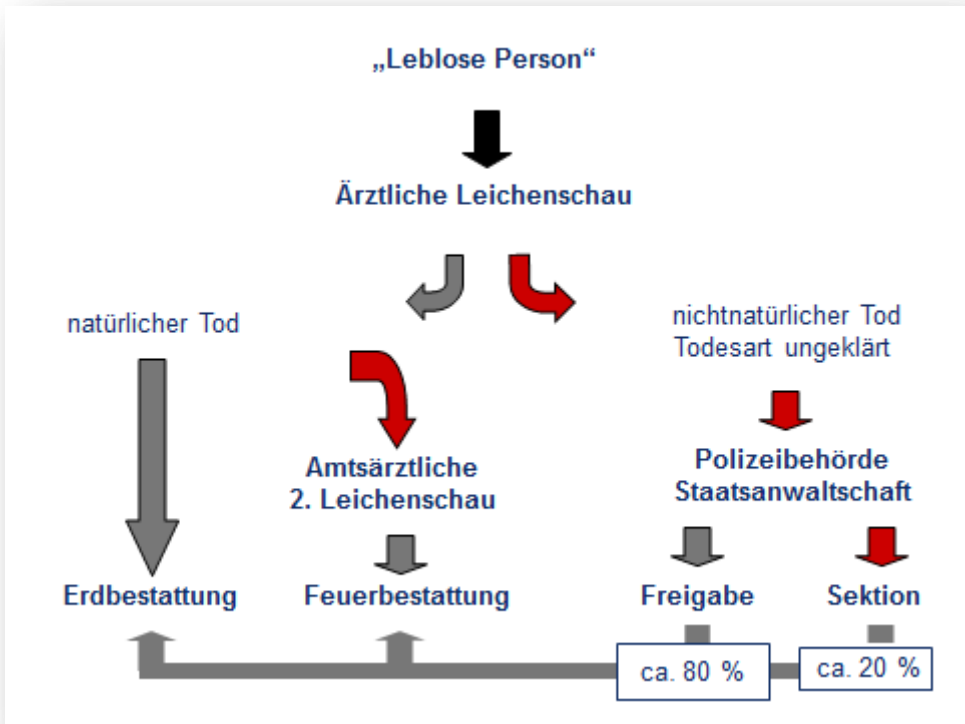
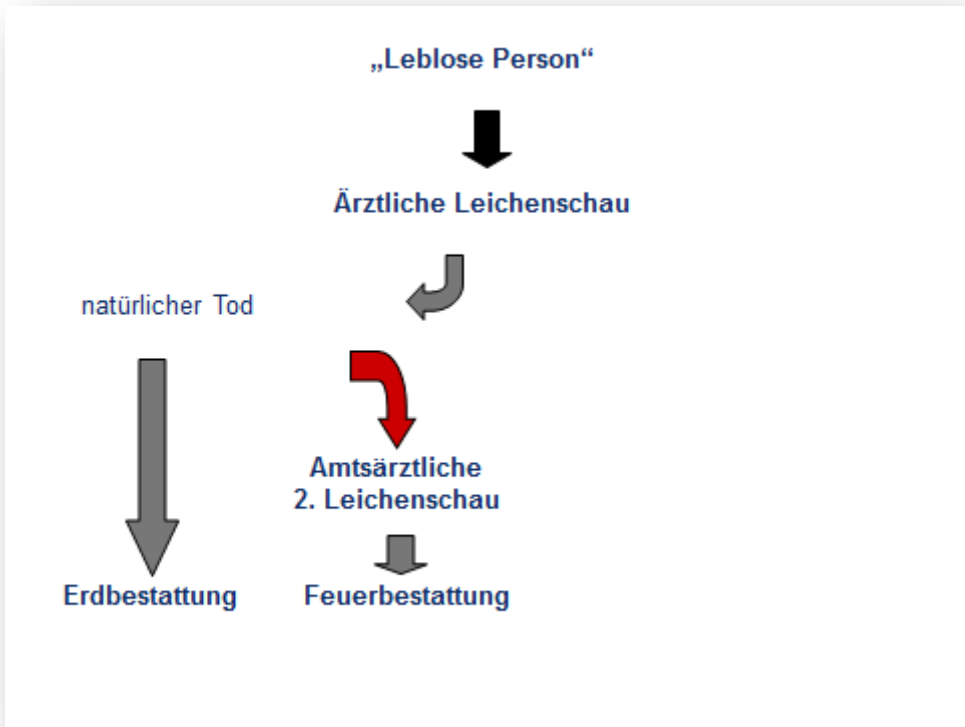
Die Todesbescheinigung



Einordnung der Todesart:

Definitionen

- **Natürlicher Tod** Todesfall, der auf einer inneren Ursache beruht, die von rechtlich nicht beeinflussbaren äußeren Faktoren hervorgerufen ist. **Privatangelegenheit**
- **Nichtnatürlicher Tod** Todesfall, der auf ein von außen verursachtes, ausgelöstes Ereignis beruht, das einen einflussreichen Geschehnis auslöst. **Öffentliches Ermittlungsverfahren**
- **Ungeklärt** Todesfall, der als natürlicher oder nichtnatürlicher Tod angesehen wird, aber auch keine Anhaltspunkte für ein nichtnatürliches Ereignis enthält.





Problem der 2 Flaschenhälse

Ärztliche
Leichenschau



Innere
Leichenschau



Sektionsrate in Deutschland

Sektionsraten derzeit:

Klinisch-pathologisch: ca. 3 %

Rechtsmedizinisch: ca. 2 %

Jährlich in Deutschland ca. 850.000 Sterbefälle

5 % werden obduziert: ca. 42.000 Verstorbene

95 % werden nicht obduziert: ca. 808.000 Verstorbene



Validität der Todesursachenstatistik

Görlitzer Studie

Modelmog et al. (1989) Der gegenwärtige Stand einer annähernd einhundertprozentigen Obduktionsquote. Z Klin Med 44: 2163-2166

Todesursache: Totenschein vs. Obduktion

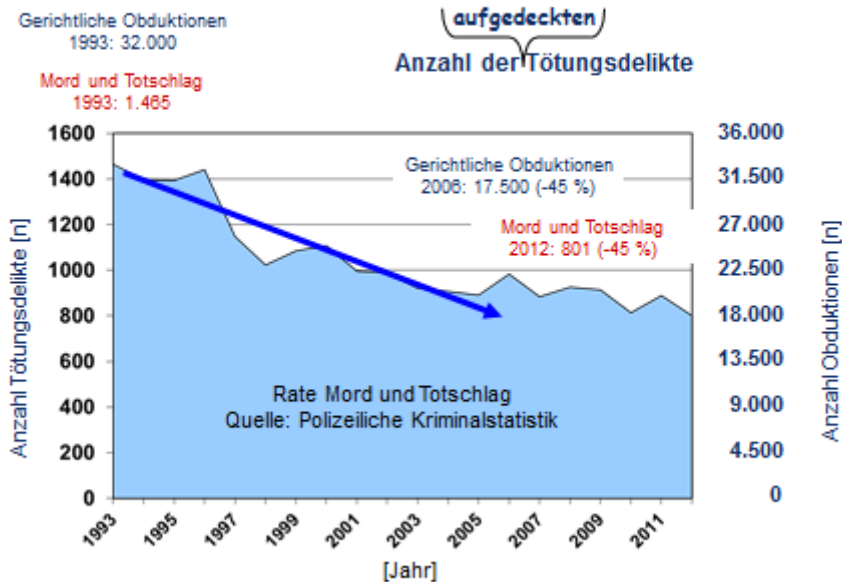
Übereinstimmungsgrad:

40,8 % stimmt überein

22,2 % teilweise Übereinstimmung

37,8 % stimmt nicht überein

Woran sterben 300.000 Menschen pro Jahr?





Dunkelziffer für Mord und Totschlag

Görlitzer Studie

Modelmog et al. (1989) Der gegenwärtige Stand einer annähernd einhundertprozentigen Obduktionsquote. Z Klin Med 44: 2163-2166

Münsteraner SIDS Studie

Du Chesne et al. (1997) Spurenarme Tötungsdelikte an Kindern. Arch Kriminol 199: 21-26

Hannoveraner Studie

Germerott et al. (2012) Die Krematoriumsleichenschau – Instrument zur Qualitätssicherung der ärztlichen Leichenschau. Arch Kriminol 230:13-23



1200

unaufgedeckte Tötungsdelikte in Deutschland pro Jahr



Entscheidung über Durchführung einer Obduktion

„Entscheidungsgrundlagen“

- Häufig qualitativ mangelhafte ärztliche Leichenschau vor Ort
- Unkorrektes Ausstellen der Todesbescheinigung
- 2. Äußere Leichenschau durch medizinische Laien (Kripo)
- Narkoseärzte und Internisten als Notärzte beraten Kripo
- Entscheidung der StA über Obduktion aufgrund (fernmündlicher) Angaben der Einschätzung der Kripo

Empfehlung, „typische“ Fallkonstellationen grundsätzlich obduzieren zu lassen
(Indikationskatalog? Anpassung RiStBV?)

15. Prof. Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE)

Die Prämeditationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

I. Einleitung

Die Abgrenzung zwischen einem „Normalfall“ der Tötung und einem besonders schweren Fall der Tötung, der die höchste gesetzlich vorgesehene Strafe verlangt, kann auf unterschiedliche Arten durchgeführt werden. Die „Überlegung“ war das im ursprünglichen RStGB von 1871 vorgesehene Unterscheidungskriterium in § 211 RStGB, das nach 70 Jahren eingespielter Rechtspraxis, allerdings seitens der Strafrechtswissenschaft auch kritisiert, im Jahr 1941 von der „Verwerflichkeitskasuistik“ abgelöst wurde. Die nationalsozialistische Gesetzesfassung fand nach 1945 deutlichen Widerstand, so dass die Prämeditationslehre zunächst eine Renaissance erlebte, sich aber in den Reformbemühungen nach 1950 nicht durchsetzen konnte. Nachdem heute nach mehr als 70 Jahren praktischer Rechtsanwendung der Fassung von 1941 die Diskussion um eine Reform der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag erneut aufflammt, ist es auch erwägenswert, das Merkmal der „Überlegung“ noch einmal auf seine Tauglichkeit hin zu testen, um damit höchststrafwürdige Tötungsfälle zu identifizieren.

Bei der Betrachtung der historischen Entwicklung sowie insbesondere bei der Analyse der Rechtsprechung des Reichsgerichts sind zwei Umstände stets im Auge zu behalten:

(1.) Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes musste berücksichtigen, dass über die Schuldfrage, jedenfalls bis zur Emmingerschen Reform von 1924¹, eine Geschworenenbank das Urteil sprach. Eine zu hohe Differenzierungsdichte hätte die Laien möglicherweise überfordert.

(2.) Da die Todesstrafe die zwingende Rechtsfolge für einen Mord war, musste das Reichsgericht gegebenenfalls *praeter legem* Lösungsansätze finden, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Diese Beobachtung gilt in ähnlichem, wenn auch abgemildertem Maße für die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach der Novelle von 1941 und auch für die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vermeidung von als ungerecht empfundenen lebenslangen Freiheitsstrafen. Dabei hatte das Reichsgericht immerhin als gesetzlichen Ansatzpunkt zur Vermeidung der Todesstrafe den „minder schweren Fall“ in § 211 Abs. 3 RStGB-1941 zur Verfügung. Diese Vorschrift ist nach Abschaffung der Todesstrafe durch

¹ RGBl. I, S. 15. Zur Abschaffung der Schwurgerichte, Thomas Vormbaum, Die Lex Eminger vom 4. Januar 1924. Entstehung, Inhalt und Auswirkungen, Berlin 1988, S. 109 ff. Vgl. auch zum gescheiterten Ansatz ihrer Wiederbelebung in Bayern: Arnd Koch, Die Rückkehr der „Volksgerichte“ – Das bayerische Schwurgericht der Nachkriegszeit, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 122 (2005), 242.

Art. 102 GG vom Strafreformgesetzgeber im Jahr 1953 – vielleicht etwas vorschnell – gestrichen worden.²

II. Die rechtskulturellen Wurzeln der „Überlegung“ im RStGB 1871

In der ursprünglichen Fassung des RStGB vom 15.05.1871 begann der Besondere Teil. Sechszehnter Abschnitt. Straftaten gegen das Leben, noch ohne gesetzliche Überschriften, wie folgt:

§ 211. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

§ 212. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

§ 213. War der Todtschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getödteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur That hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

§ 214. Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegretendes Hinderniß zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

§ 215. Der Todtschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.³

Mord und Totschlag unterschieden sich demnach durch die mit Überlegung erfolgte Ausführung der Tat.⁴ Eine Abschtigung „nach unten“ erfolgte mit einer Regelung des minder schweren Falls in § 213, der mit dem heute geltenden Gesetz im Grunde deckungsgleich ist. Interessant hingegen ist die gesonderte Nennung der Unternehmungstötung (Verdeckung

² Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 04.08.1953, BGBl. I, S. 735-750.

³ RStGB vom 15.05.1871, RGBl. S. 127, in Kraft getreten am 01.01.1972.

⁴ In der Carolina war Mord mit Überlegung eher als Gegenstück zu Totschlag im Affekt zu verstehen und hatte kaum eigenständige Bedeutung; das ändert sich durch das RStGB, da der Totschlag nicht mehr zwingend mit dem Affekt verbunden wird, vgl. Anette Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 69 f.

und Ermöglichung) in § 214 RStGB als strafschärfende Form des Totschlags nach § 212 RStGB und nicht als Mordspezifikum wie nach dem geltenden Recht.

Seine Ursprünge findet diese Regelung im französischen Recht. Der code pénal von 1810 lautet wie folgt:

§ 1. - Meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement

Article 295

L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.

Article 296

Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens, est qualifié assassinat.

Article 297

La préméditation consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition.

Article 298

Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence.

Die konkrete Definition der Prämeditation ist zwar wenig rezipiert worden, da sie sehr stark das zeitliche Moment des „Vorher“ betont, wobei auch das psychische Element der „ruhigen Abwägung“ dazu kommen müsse.⁵ Trotzdem ist der Grundgedanke, auch durch die Vermittlung deutscher Partikulargesetze, in eine Vielzahl von Strafgesetzen weltweit eingegangen. Zu erwähnen ist hier auch das bayerische StGB von 1813.

Art. 146

Ein Totschläger, welcher die von ihm verursachte Entleibung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Überlegung ausgeführt hat, soll als Mörder mit dem Tode bestraft werden.

⁵ Vgl. F.v.Liszt, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. V, 1905, S. 37 (im Folgenden VDA); mit Verweis auf den französischen Strafrechtswissenschaftler René Garraud (1849-1930), Traite theorique et pratique du droit penal de France, 5 Bände, 1888-1894.

Neben das zeitliche Moment des „Vorbedachts“ tritt hier die „Überlegung“, also das psychische Element, welches der *code pénal* nicht hervorhebt.⁶

Auch das preußische Strafrecht bediente sich zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag des Merkmals der „Überlegung“.

§ 175 Preuß. StGB 1851:

Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, begeht einen Mord, und wird mit dem Tode bestraft.

Der Vorbedacht fehlt hier nun ganz, was darauf hindeutet, dass die Überlegung im Augenblick der Ausführungshandlung selbst vorliegen muss.

Damit hatte letztlich auch Feuerbach erheblichen Einfluss auf die Einführung des Merkmals der „Überlegung“ zur Identifizierung höchststrafwürdiger Tötungen. Versteht man dieses Merkmal als das Abwägen zwischen den für und gegen die Tötung sprechenden Gründen, so wird deutlich, dass der Grund für die Strafschärfung in dem Versagen des Feuerbachschen psychologischen Zwangs⁷ zu sehen ist. Die (höchste) Strafdrohung soll den potentiell beeinflussbaren Täter von der Tatbegehung abhalten. Das Gewicht der „Abhaltungsgründe“ soll für den „überlegenden“ Täter durch die hohe Strafdrohung gerade verstärkt werden.⁸ Die Höchststrafwürdigkeit liegt in der besonderen Verwerflichkeit begründet, die sich daraus ergibt, dass der Täter unter Abwägung der Abhaltungsgründe, in der vollen Erkenntnis dessen, was er tut, handelt.⁹

Der Senatspräsident am BGH Dr. Baldus sieht im Rahmen der großen Strafrechtskommission das Maß der Schuld davon bestimmt, dass der Täter bei der Ausführung der Tat seine ganze Persönlichkeit eingesetzt hat oder nicht. Das tut er nur dann, wenn er die Tat erwogen und überlegt hat. Fehlt es an dieser Überlegung, sinkt auch das Maß der Schuld.¹⁰

III. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hatte einige Male Gelegenheit, zur Auslegung des Merkmals der Überlegung Stellung zu nehmen. Dabei haben sich folgende Parameter herausgebildet:

⁶ F.v.Liszt, VDA, S. 39.

⁷ Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, I.

⁸ Vgl. dazu auch Gunther Arzt, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), S. 1, 7 f.

⁹ Vgl. Dreher, Große Strafrechtskommission Niederschriften, Bd. 13, 162. (Im Folgenden: Niederschriften).

¹⁰ Baldus, Niederschriften, Bd. 7, 56.

Die Überlegung muss zum Vorsatz hinzukommen und ist nicht etwa mit diesem deckungsgleich.¹¹ Hinsichtlich des Vorsatzes bleibt es auch bei den allgemeinen Regeln, so dass die Überlegung auch neben *dolus eventualis* vorliegen kann.¹²

Die Überlegung muss im Zeitpunkt der Tatausführung vorliegen, was zuvor mit Bezug auf § 175 des Preußischen StGB und den französischen *code pénal* umstritten war.¹³ Der Gesetzgeber des RStGB hatte dies aber im Wortlaut klargestellt („...mit Überlegung ausgeführt...“). Das RG hat die Vorschrift von Anfang an im Sinne eines Simultaneitätsprinzips gedeutet.¹⁴ Auch wenn der Tatentschluss mit Überlegung gefasst wurde, sind Fälle denkbar, in denen die Tat *ex situatione* doch nicht mit Überlegung ausgeführt worden sein. Es ist dabei auf die für den Todeserfolg ursächliche oder wenigstens mitursächliche Handlung als Bezugspunkt abzustellen und nicht auf das Gesamtgeschehen.¹⁵ Insofern sind auch Fälle vorstellbar, in denen der Täter die Handlung mit Überlegung beginnt, aber im Laufe des Geschehens ohne Überlegung zu Ende bringt.¹⁶ Vorbedacht deutet zwar auf Überlegung hin, ist aber mit dieser nicht deckungsgleich. Es ist weder ausreichend noch erforderlich, dass der Täter besonnen, bedacht oder gar planmäßig die Tat vorbereitet und sich überlegt hat, wie sie auszuführen sei.¹⁷ Für den Mordversuch gilt gleichermaßen, dass im Zeitpunkt des Ansatzens der Täter „mit Überlegung“ gehandelt haben muss.¹⁸

Was nun den materiellen Gehalt der „Überlegung“ angeht, so dient das Urteil vom 26.3.1909¹⁹ als „*leading case*“, auf den in der weiteren Rechtsprechung stets verwiesen wurde.²⁰ Darin heißt es:

„Nur wenn der Täter bei der Ausführung in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt, führt er die Tat mit Überlegung aus.“²¹

¹¹ Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Überlegung findet sich bereits in RGSt 3, 295, Urt. v. 22.1.1881. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zum Totschlag in § 212 RStGB.

¹² Vgl. RG Urt. v. 14.12.1933, II 1198/33, in: RGSt 67, 424, 425 f.; in dieser Entscheidung wird aber nicht weiter ausgeführt, wie im konkreten Fall der *dolus eventualis* und die Überlegung abzugrenzen sind. Es wird lediglich auf die Entscheidung RGSt 42, 260, 261 verwiesen, wonach beides unabhängig von einander festgestellt werden muss. Zustimmung RG Urt. v. 10.06.1936, 2 D 343/36, in: RGSt 70, 257.

¹³ Vgl. oben.

¹⁴ Vgl. RG Urt. v. 30.04.1883, 863/83, in: RGSt 8, 276, 277 f.

¹⁵ So auch: RG Urt. v. 10.06.1936, 2 D 343/36, in: RGSt 70, 257.

¹⁶ In dem zugrunde liegenden Fall hat der Täter dem Opfer mit Vorsatz und Überlegung durch eine Holzstange schwere Verletzungen am Kopf zugefügt. Er hat es dann schwer verletzt in einen Wald verbracht und dort liegen lassen. Im zweiten Handlungskomplex fand das Reichsgericht nicht hinreichend dargelegt, dass auch hier Tötungsvorsatz und Überlegung vorlagen; vgl. RG Urt. v. 10.06.1936, 2 D 343/36, in: RGSt 70, 257.

¹⁷ LK-Ebermayer, 4. Aufl. 1929, § 211 Anm. 7; vgl. dazu auch RG Urt. v. 10.05.1928 – II 424/28, in: RGSt 62, 196.

¹⁸ RG Urt. v. 09.12.1902, 5375/02, in: RGSt 36, 26, 27.

¹⁹ RG Urt. v. 26.3.1909, in: RGSt 42, 260.

²⁰ So etwa auch in der Begründung des E 62, BT-Drucks. IV/650, S. 272.

²¹ Ebenso: RG Urt. v. 10.06.1936, 2 D 343/36, in: RGSt 70, 257.

In der Literatur wird diese Definition aufgegriffen und entsprechend erläuternd umformuliert. So heißt es etwa bei Frank, übernommen vom Leipziger Kommentar:

„Überlegung ist diejenige geistige Beschaffenheit, bei der sich der Täter der von der Handlung abhaltenden Motive bewusst ist und sie gegen die ihn zur Handlung drängenden Motive abwägt.“²²

In besagter Entscheidung RGSt 42, 260 grenzt das RG sodann zum Affekt ab:

„Im Affekt aber handelt er dann, wenn ein die naturgemäße Aufregung dessen, der einen anderen zu töten im Begriff steht übersteigendes und das folgerichtige Abwägen der vorbezeichneten Umstände ausschließendes Maß der Gefühlserregung sein Tun beherrscht.“

Trotzdem schließt eine starke Gemütsregung die Überlegung nicht grundsätzlich aus.²³ Ein gewisses Maß an Aufregung wird bei der Tat sogar in aller Regel vorhanden sein.²⁴ Die Überlegung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die heftige Gemütsregung die für die Überlegung erforderliche Abwägung unmöglich gemacht hat, die Gemütswallung das Handeln also „beherrscht“ hat.²⁵ Im Fall RGSt 62, 196 ging es etwa um einen Mitnahmesuizid. Der Täter wollte seine untreue Ehefrau im Schlaf mit in den Tod durch Gasvergiftung nehmen. Auch wenn das Handeln des Täters einen ruhigen Eindruck macht, so kann ein überlegtes Handeln i.S.v. § 211 RStGB doch fehlen, wenn die Tat Ausdruck einer bis zum Lebensüberdruß gesteigerten seelischen Erregung und „Zerrissenheit“ ist.²⁶

Im systematischen Kontext wird des Weiteren § 213 RStGB als eigenständiger Tatbestand angesehen und nicht bloß als Strafzumessungsregel.²⁷ Ebenso gilt die Tötung auf Verlangen nach § 216 RStGB als eigenständiger Tatbestand.²⁸

²² LK-Ebermayer, 4. Aufl. 1929, § 211 Anm. 6.

²³ So etwa: RG JW 35, 864

²⁴ LK-Ebermayer, 4. Aufl. 1929, § 211 Anm. 7.

²⁵ RG Ur. v. 10.05.1928 – II 424/28, in: RGSt 62, 196.

²⁶ S. wiederum: RG Ur. v. 10.05.1928 – II 424/28, in: RGSt 62, 196: Im Ergebnis wurde vom RG hier gleichwohl Tötung mit Überlegung angenommen, zumal der Täter zunächst das gemeinsame drei-jährige Kind aus dem Schlafzimmer der Eltern gebracht hat und dann die Tür sorgfältig verschlossen und das Schlüsselloch zugestopft hat.

²⁷ So RG Ur. v. 24.05.1887, 1171/87, in: RGSt 16, 126. Der Verteidiger durfte, nachdem die Geschworenen eine Tatausführung „mit Überlegung“ nicht für bewiesen erachtet hatten, nicht noch Gründe vortragen, die „mildernde Umstände“ i.S. von § 213 RStGB dargestellt hätten. Insofern war der Verteidiger nach §§ 295, 297 RStPO mit seinem Vortrag präkludiert, da er diese Umstände bei der Frage der Tatbestandsmäßigkeit hätte vortragen müssen.

²⁸ RG Ur. v. 27.08.1919, II 357/19, in: RGSt 53, 293.

In dem Ausgangsfall (RGSt 42, 260) – soweit sich das aus den spärlichen Angaben erschließen lässt – hat der Angeklagte, der sich durch einen Einbruch Geldmittel verschaffen und jeden Widerstand eventuell mit den äußersten Mitteln brechen will, offenbar verschiedene Instrumente zum Schlagen und Stechen bei sich. Allerdings, so stellt das RG fest, war bei der Konzeption des Planes der Tötungsvorsatz noch nicht enthalten. Um den Widerstand zu brechen, musste das Opfer nicht notwendigerweise getötet werden. Hierin wird das Dilemma deutlich, welches im zeitlichen Ablauf der „Überlegung“ enthalten ist. Die Überlegung ist nicht mit dem Plan identisch, „aber eine völlig planlose und doch überlegte Tötung kann nicht gedacht werden“, schreibt von Liszt und fährt fort: „Die Überlegung bezieht sich stets auf die Entscheidung der Doppelfrage: 1. ob und 2. wie gehandelt werden soll.“²⁹

Die „Überlegung“ wurde ihrem Wesen nach als straf erhöhender Umstand angesehen, obwohl sich die Bezeichnung des Verbrechens bei Vorliegen des Merkmals änderte. „[D]enn ein Unterschied besteht weder im Vorsatze noch im angegriffenen Rechtsgute noch in der Art und dem Zwecke des Angriffes, sondern ausschließlich in der strafwürdigen Gesinnung des Thäters.“³⁰ § 212 RStGB wurde demnach als Grundtatbestand angesehen,³¹ so dass die Feststellung, dass die Tat nicht mit Überlegung ausgeführt wurde, bei § 212 RStGB entgegen dem Wortlaut überflüssig war.³²

Umstritten war außerdem die wichtige Frage, ob denn die Überlegung ein höchst persönlicher oder ein objektiver bzw. tatbezogener, für die Tat konstitutiver Umstand sei. Dies hat Auswirkungen vor allem auf die Strafbarkeit des Teilnehmers.³³ Ist die „Überlegung“ ein höchst persönlicher Umstand, so muss sie bei jedem Teilnehmer nachgewiesen werden in Anwendung von § 50 RStGB a.F. Auch wenn der Täter mangels Überlegung nach § 212 RStGB zu bestrafen wäre, könnte der Teilnehmer aus § 211 RStGB zu bestrafen sein, wenn bei ihm Überlegung festgestellt werden kann. Ist die Überlegung ein tatbezogenes Merkmal, so kommt es für die Strafbarkeit des Teilnehmers nach § 211 RStGB darauf an, ob er davon Kenntnis hatte.³⁴ Da bei den besonderen persönlichen Merkmalen die Rechtsprechung eine Verwurzelung im Charakter der Person verlangt und das Merkmal daher von gewisser Dauer sein muss, wurde die Überlegung nicht als persönlicher Umstand angesehen.³⁵

²⁹ F.v.Liszt, VDA, S. 43.

³⁰ RG, Urt. v. 17.11.1898, 4133/98, in: RGSt 33, 332; dabei ging es um die Frage, was als Haupt- und was als Nebenfrage i.S. von § 295 RStPO an die Geschworenen zu richten sei.

³¹ Siehe etwa auch LK-Ebermayer, 4. Aufl. 1929, § 211 Anm. 1.

³² RG, Urt. v. 17.11.1898, 4133/98, in: RGSt 33, 332.

³³ Vgl. einmal mehr F.v.Liszt, VDA, S. 43.

³⁴ So etwa Schwarz, StGB, 10. Aufl. 1941, § 211 Anm. 2 D. So auch LK 1929, § 211 Anm. 9.

³⁵ Vgl. RG Urt. v. 20.05.1881 – 1039/81, in: RGSt 4, 184.

Die Regelung des § 211 RStGB wurde in der Literatur teilweise heftig kritisiert: zu unflexibel und zu einseitig, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, sei die Vorschrift. Als umstritten erweist sich auch der Zeitpunkt des Vorliegens der Überlegung. Häufig wird gefordert, dass nicht die Ausführung der Tat selbst, sondern die Entschlussfassung i.S. der Versuchsstrafbarkeit der entscheidenden Zeitpunkt sei.³⁶ Das erinnert an die französische Fassung des „Vorbedachts“. Kritisiert wird auch, dass niemand genau bestimmen könne, wieviel Zeit die Überlegung denn erfordere.³⁷ Außerdem sei das Merkmal der „Überlegung“ nicht in der Lage, die Motive des Täters, wie etwa die Tötung aus Mitleid, angemessen zu berücksichtigen.³⁸ Auch ließe sich die besondere Verwerflichkeit nicht mit „Überlegung“ begründen. Bei der überlegten Tötung müsse außerdem die Schuld des Täters nicht besonders groß sein.³⁹ Bereits 1905 hatte Franz von Liszt festgestellt, dass die „Überlegung“ in den letzten Jahren keine „ernstliche Verteidigung“ mehr gefunden hat.⁴⁰

IV. Reformbestrebungen

In der Folge sah etwa Gustav Radbruch das Kriterium der Überlegung in seinem E 1922 nicht mehr als Mordspezifikum an.⁴¹ Seine Überlegungen basierten allerdings auf der Abschaffung der Todesstrafe, so dass eine Definition einer höchststrafwürdigen Tötung letztlich überflüssig war.⁴² Demnach grenzte Radbruch nur „nach unten“ ab und formulierte Affekttaten als privilegierte Tötung. Durchsetzen konnte er sich freilich nicht.

Die Idee einer kasuistischen Anlage der Mordparagrafen findet sich erstmals im E 1936 umgesetzt. In Form einer Generalklausel wurde hier aber die Verwerflichkeit als Wesensmerkmal des Mordes vorangestellt:

„Wer einen Menschen tötet, wird, wenn er besonders verwerflich gehandelt hat, als Mörder mit dem Tode bestraft. Besonders verwerflich handelt in der Regel, wer die Tat aus Mordlust, Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder sonst aus niedrigen Beweggründen, auf hinterlistige oder grausame Weise oder mit gemeingefährlichen Mitteln, oder zum Zweck eine andere Straftat zu ermöglichen, begeht.“⁴³

³⁶ Vgl. Schwalm, Niederschriften, Bd. 13, 150.

³⁷ F.v.Liszt, DVA, S. 40.

³⁸ Vgl. dazu etwa die Beispiele in der Begründung des E 62, BT-Drucks. IV/650, S. 272. Auch in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission kommt dieser Fall immer wieder vor, vgl. nur Schwalm, Niederschriften, Bd. 13, 150.

³⁹ Gunther Arzt, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), S. 1, 8.

⁴⁰ F.v.Liszt VDB V, S. 62.

⁴¹ Friederike Goltsche, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Entwurf Radbruch), Berlin u.a. 2010, S. 74 f.

⁴² Baldus, Niederschriften, Bd. 13, 146.

⁴³ Abgedruckt auch im Beschluss des Großen Senats für Strafsachen v. 22.09.1956 – GSSt 1/56, BGHSt 9, 385.

Auf der Grundlage der hier angewandten Regelbeispielstechnik kam es schließlich auf das Gesamtbild der Umstände an.

Die 1941 Gesetz gewordene Fassung von § 211 verzichtet auf die Verwerflichkeit und ist tätertypenspezifisch formuliert.⁴⁴ Die „Überlegung“ als Mordmerkmal musste weichen, da nunmehr nicht nach „verstandesmäßigen, sondern nach sittlichen Maßstäben bestimmt“ werden sollte, wer Mörder ist.⁴⁵ Nach der nationalsozialistischen Rechtsmethodik jedenfalls musste § 211 Abs. 2 weder als abschließend noch als zwingend interpretiert werden. Entsprechend waren sowohl negative Typenkorrekturen für Täter, die im Sinne der nationalsozialistischen Gesinnung der Gemeinschaft weiterhin „würdig“ waren, wie auch positive Typenkorrekturen ggf. unter Anwendung analoger Strafbarkeiten,⁴⁶ der nationalsozialistischen Rechtspraxis immanent.⁴⁷

Dem Großen Senat für Strafsachen des BGH kann demnach in seiner Analyse nicht gefolgt werden, wenn er schreibt:

„Die Entstehungsgeschichte und die Fassung des § 211 StGB zeigen deutlich das rechtspolitische Anliegen des deutschen Gesetzgebers, dem Richter für die Beurteilung der Frage, ob eine Tötung Mord oder Totschlag ist, klare und fest umrissene Tatbestände an die Hand zu geben. Das Gesetz umschreibt abschließend die Fälle, die es als besonders verwerflich und deshalb als Mord beurteilt. Es soll deshalb nicht von einer richterlichen Wertung des Gesamtbildes der Tat abhängen, ob der Täter wegen Mordes oder wegen Totschlags verurteilt wird.“⁴⁸

Eine solche Herangehensweise mag einem demokratischen Gesetzgeber zugestanden sein. Der nationalsozialistische Gesetzgeber von 1941 wusste genau, dass durch die Aufhebung des Analogieverbotes und die nationalsozialistische rechtsdogmatische Herangehensweise die richterliche Wertung den Wortlaut im Zweifel marginalisieren konnte.

⁴⁴ Zur Lehre vom Tätertyp und ihrem Siegeszug in der deutschen Strafrechtswissenschaft, s. Erich Schmidt-Leichner, Bemerkungen zur Lehre vom Tätertyp, DJ 1941, 653. Der spätere Frankfurter Rechtsanwalt Schmidt-Leichner war im RMJ tätig und nach der Einführung der sog. Richterbriefe durch den NS-Justizminister Otto Thierack vor allem für die Verbreitung und Einhaltung dieser ministeriellen Weisungsschreiben zuständig.

⁴⁵ Vgl. etwa Erich Schmidt-Leichner, Das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. Sept. 1941 und die Durchführungsvorordnung vom 24. Sept. 1941, DR 1941, 2145, 2147.

⁴⁶ Dazu etwa Georg Dahm, DR 1942, 401, 405. Dahm war ein Protagonist der Kieler Schule und gemeinsam mit Friedrich Schaffstein in besonderem Maße bereit, die Rechtsdogmatik aufzulösen bzw. voll der nationalsozialistischen Ideologie zu unterwerfen.

⁴⁷ Hierzu auch Verena Votteler, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem § 211 Abs.2 1. Gruppe 4. Variante – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, Heidelberg 2014, S. 17 ff.

⁴⁸ BGH Großer Senat für Strafsachen Beschluss v. 22.09.1956 – GSSt 1/56, BGHSt 9, 385. Diese Entscheidung erging auch gegen die damals herrschende Lehre, vgl. nur Schönke/Schröder, StGB, 7. Aufl., § 211 Anm. V und auch gegen die Ansicht des damaligen Oberbundesanwalts Max Güde.

V. Renaissance der Prämeditation nach 1945

Nach den nationalsozialistischen Unrechtsurteilen versuchten deutsche Gerichte nach 1945 wieder rechtsstaatlichen Boden unter den Füßen zu gewinnen. Dabei wurde der § 211 RStGB nicht von Grund auf abgelehnt. Die Entnazifizierung des Strafrechts durch den Kontrollrat jedenfalls „überlebte“ der Mordparagraf mit seinen kasuistischen Tätertypen.⁴⁹ Jedoch war das Bestreben erkennbar, in vielerlei Hinsicht an die Zeit vor 1933 anzuknüpfen. In diesem Zusammenhang erinnerte man sich auch an die „Überlegung“.

1. Unmittelbare Nachkriegszeit

Während die alliierten Besatzungsgerichte nach Kontrollratsgesetz Nr. 10 auf die Verfolgung von Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit reduziert waren, konnte die im Wiederaufbau befindliche deutsche Justiz der wieder eingerichteten Länder das KRG 10 in der Regel gerade nicht anwenden, sondern lediglich das RStGB – soweit es nicht, wie etwa im Bereich des politischen Staatsschutzstrafrechts, von den alliierten Besatzungsmächten außer Kraft gesetzt worden war.⁵⁰

In seinem Revisionsurteil vom 12.8.1947 hat das OLG Frankfurt bezogen auf Tötungen vor allem in der Kinderfachabteilung der Heil- und Pflegeanstalt Eichberg festgestellt, dass die Taten heimtückisch ausgeführt wurden, aber keine niedrigen Beweggründe bei dem Arzt und der Krankenschwester nachweisbar waren.⁵¹ Auf Grund von Art. IV Ziff. 8 Militärregierungs-gesetz⁵² war die Verhängung der Todesstrafe nur dann gestattet, wenn die Tat auch vor dem 30.1.1933 mit der Todesstrafe bedroht war. Der Senat folgerte daraus, dass eine Verurteilung zum Tode wegen Mordes nur dann möglich sei, wenn sowohl die Voraussetzungen von § 211 StGB 1941 als auch von § 211 RStGB 1871 erfüllt seien.⁵³ Es wird also geprüft, ob zusätzlich zur Heimtücke der angeklagte Arzt auch noch „mit Überlegung“ gehandelt habe. Dazu der Senat: „der Angeklagte Dr. Schmidt [hat] die zum Handeln drängenden und die von ihm abhaltenden Beweggründe ebenso wie die Art der Ausführung erwogen und sonach mit Überlegung gehandelt.“ Die von der Strafkammer verhängte lebenslange Zuchthausstra-

⁴⁹ Zu dieser „Entnazifizierung“ vgl. Christoph Safferling, „... daß es sich empfiehlt, generell tabula rasa zu machen...“ – Die Anfänge der Abteilung Strafrecht im Bundesministerium der Justiz, in: Görtemaker/Safferling (Hrsg.), Die Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013, S. 169, 170 ff. m.w.N.

⁵⁰ Durch KRG Nr. 1 und KRG Nr. 11.

⁵¹ Das Gericht nahm hier übrigens Täterschaft bzw. mittelbare Täterschaft durch die Krankenschwester als doloses Werkzeug an, mit dem denkwürdigen Satz: „es ist, wer selbst tötet, Mörder, gleichgültig, ob er für sich oder für einen anderen, im eigenen oder fremden Interesse tätig wird.“

⁵² „No cruel or excessive punishment shall be inflicted and the death penalty is abolished except for acts punishable by death under law in force prior to 30th Jan. 1933.“

⁵³ Der Senat folgt hier einer Entscheidung des Court of Appeal der Kontroll-Kommission v. 7.11.1947, die diese Auslegung von MRG 1 etabliert, ohne für deutsche Gerichte bindend zu sein.

fe wurde entsprechend vom Revisionsgericht in die (obligatorische) Todesstrafe umgewandelt (§ 354 Abs. 1 StPO).⁵⁴

Das Kammergericht hingegen verhängte die Todesstrafe gegen eine Ärztin und eine Pflegerin in einem vergleichbaren Fall nur unter Berufung auf § 211 RStGB-1941.⁵⁵ Ebenso lehnt der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (OGHBz) eine Zuziehung der „Überlegung“ zur Verhängung der Todesstrafe ab.⁵⁶

2. Strafrechtsreform

Die Reformbedürftigkeit des Strafrechts stand nach Ende des NS-Regimes außer Frage. Letztlich hatten auch die alliierten Besatzungsmächte immer wieder auf den Reformstau hingewiesen.⁵⁷ Mit dem Grundgesetz wurde die Todesstrafe abgeschafft (Art. 102 GG), das Analogieverbot wieder eingeführt (Art. 103 GG) und das Bestimmtheitsgebot verschärft. Zunächst wurde wieder ein Staatsschutzstrafrecht eingeführt.⁵⁸ Für die Reform des StGB insgesamt wurden zunächst grundlegende und rechtsvergleichende Gutachten in Auftrag gegeben.⁵⁹ Daraufhin wurde die Große Strafrechtskommission eingesetzt, die am 6.4.1954 zum ersten Mal zusammentrat. Die Arbeit dieser Kommission wurde in zwei Entwürfe 1959 I und II umgesetzt, die nach Auseinandersetzung vor allem mit den Bundesländern in den E 1962 mündeten, der wiederum die Grundlage für den dann folgenden langwierigen parlamentarischen Prozess bildete.

Übergeordnete Fragen, deren jeweilige Beantwortung aber freilich schon in die eine oder andere Richtung weist, waren insbesondere:

- soll ein einheitlicher Tötungstatbestand geschaffen werden oder soll es bei zwei getrennten Tatbeständen wie Mord und Totschlag bleiben?
- stellt der Mord im Vergleich zum Totschlag ein anderes Unrecht oder nur ein anderes Maß an Schuld dar?
- soll man eine Korrekturmöglichkeit schaffen für Fälle, in denen die bei Mord allseits erwartete absolute Strafandrohung als zu hoch erscheint? Das wurde nahezu einhel-

⁵⁴ OLG Frankfurt a.M., Strafsenat, Urt. v. 12.08.1947 – Ss 92/47, HEST 1948, 67 ff.

⁵⁵ Vgl. Kammergericht, Strafsenat, Urt. v. 24.08.1946 – 1 Ss 48/46 (45/46).

⁵⁶ OGHbz Urt. v. 24.08.1948 – StS 55/48, in: SJZ 1949, Sp 54 mit zustimmender Anm. v. Weber.

⁵⁷ Vgl. Christoph Safferling, „... daß es sich empfiehlt, generell tabula rasa zu machen...“ – Die Anfänge der Abteilung Strafrecht im Bundesministerium der Justiz, in: Görtemaker/Safferling (Hrsg.), Die Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013, S. 169, 176, 189 ff.

⁵⁸ Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.8.1951, BGBl. I 739.

⁵⁹ Vgl. Materialien zur Strafrechtsreform. 1. Band: Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954; 2. Band: Rechtsvergleichende Gutachten, Bonn 1955.

lig angenommen, unklar war aber, ob diese Korrektur auch Tatbestands- oder Rechtsfolgenebene oder gar nur durch die Gnadeninstanz erfolgen sollte.⁶⁰

Eine Minderheit der Kommission setzte sich für eine Generalklausel ein, nach der besonders schwerwiegende vorsätzliche Tötungen als Mord bestraft werden sollten. Fraglich war dabei insbesondere, ob man hier auf eine besonders verwerfliche Gesinnung des Täters oder eher auf eine besondere Verwerflichkeit der Tat selbst abstellen sollte.

Die Gegenansicht kritisierte dies als zu unbestimmt und auch als untaugliches Werkzeug für den Tatrichter, der so zum Moralisieren gezwungen werde. Darauf entgegnete man, auch bei Schaffung einer festen Kasuistik seien generalklauselartige Wertungen nicht zu umgehen, wie das im geltenden Recht etwa bei den sonstigen niedrigen Beweggründen der Fall sei.

Die Mehrheit der Kommission favorisierte eine Kasuistik von Mordmerkmalen. Unklar war indes bereits, ob man eher viele oder nur wenige schaffen sollte, ob man ihre Aufzählung abschließend oder als Regelbeispiele gestalten sollte und natürlich, ob man sog. relative und absolute Mordmerkmale oder nur eine von beiden Gruppen schaffen sollte. Dabei sollte bei absoluten Mordmerkmalen keine oder nur eine speziell normierte Typenkorrektur möglich sein, also etwa eine positivrechtliche Regelung in den Privilegierungstatbeständen. Bei relativen Mordmerkmalen sollte es zusätzlich eine allgemeine Typenkorrektur geben, die, ebenfalls spezialgesetzlich geregelt, als Privilegierung nur eine Art Sperrwirkung gegenüber den relativen Mordmerkmalen entfalten sollte, denn die Verwirklichung dieser Mordmerkmale sollte immer noch einen höheren Strafraum nach sich ziehen als bei bloßem Zusammenreffen von Tötung und Privilegierung.⁶¹

Die Gegenmeinung kritisierte das überaus komplexe System als für Laien völlig unverständlich und verwies auf die Notwendigkeit von (generalklauselartigen) Korrekturmöglichkeiten.

Abgesehen von diesen beiden Positionen wurde vereinzelt angeregt, einfach das geltende Recht beizubehalten, die „Überlegung“ wieder zu beleben, nur noch eine einheitliche vorsätzliche Tötung vorzusehen oder eine Generalklausel einzuführen, deren Probleme dadurch korrigiert würden, dass man in Mordverfahren die Berufung zum BGH zulasse.

Bei den Abstimmungen entschied man sich zunächst gegen eine reine Generalklausel, dann für die Schaffung einer Kasuistik absoluter Mordmerkmale in Abs. 1 und deren Ergänzung durch eine auf die Überlegung abstellende Generalklausel in Abs. 2.

Bei dieser Diskussion über die aufzuzählenden absoluten Mordmerkmale will Schafheutle, Ministerialdirektor und Abteilungsleiter im BMJ, die niedrigen Beweggründe streichen, da sich diese als unbrauchbar und ethisch zu überladen herausgestellt haben; zum Ersatz will

⁶⁰ Im Zeitpunkt der Diskussion in der großen Strafrechtskommission war die Wiedereinführung der Todesstrafe (durch die Kommission) ernstlich für möglich gehalten worden.

⁶¹ Vgl. Schwalm, Niederschriften, Bd. 13, 148.

er aber einzelne dieser Beweggründe nennen und verweist hier auf die Erfahrungen in der NS-Zeit. Da sich eine Einfügung des Mordmerkmals des niederträchtigen Hasses nicht durchsetzen lässt, will er wenigstens den Rassenhass nennen. In der Kommission wird das nicht einheitlich gesehen. Während Eb. Schmidt eher kritisch ist, äußern sich Gallas, Baldus und Dreher positiv. Der Vorschlag findet letztlich keinen Eingang in den E 62.

Im E 1962 wird schließlich auch das soeben skizzierte hybride System vorgeschlagen. Die Aufnahme der Überlegung als relatives Mordmerkmal geht vor allem auf den Bundesrichter Baldus unterstützt von der Bundesrichterin Koffka zurück.⁶² Vorbild für diese Fassung war auch Art. 112 des schweizerischen StGB.⁶³ Die Vorschriften für Totschlag und Mord lauteten:

StGB E 62

§ 134 Totschlag

- (1) Wer einen anderen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.
- (2) Hat sich der Täter in einer begreiflichen heftigen Gemütsregung zu der Tat hinreißen lassen, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Gefängnis von einem Jahr bis zu fünf Jahren.
- (3) Wenn Mitleid, Verzweiflung oder andere Beweggründe, die den Täter zur Tat bestimmen, seine Schuld wesentlich mindern, so ist die Strafe Gefängnis nicht unter einem Jahr. Der Versuch ist strafbar.

§ 135 Mord

- (1) Mit lebenslangem Zuchthaus wird bestraft, wer
 1. aus Mordlust,
 2. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes,
 3. aus Habgier oder
 4. in der Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, einen anderen tötet.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer einen anderen mit Überlegung tötet. Die Tat ist jedoch als Totschlag nach § 134 Abs. 3 strafbar, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind.

⁶² Vgl. Niederschriften Bd. 7, 28, 32, 36, 55; erneut mit Vehemenz: Bd. 13, 146 f.

⁶³ Niederschriften Bd. 7, 36. Art. 112 des schwStGB lautet: "Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, so wird mit lebenslanglichem Zuchthaus bestraft."

Im dann einsetzenden parlamentarischen Prozess wird eine Änderung von § 211 StGB im Plenum und in den Ausschüssen nie erwogen. Ein Grund dafür mag darin liegen, dass im BMJ der Vorschlag des E 62 nicht genehm war⁶⁴ und man deshalb wohl eher eine Beibehaltung der Fassung von 1941 favorisierte, um den Wiedereinzug der „Überlegung“ in das StGB zu verhindern.⁶⁵

3. Der Alternativ-Entwurf AE 1970

Einen anderen Weg geht der AE 1970. Die Problematik wird in nur einer Norm zusammengefasst:

§ 100 Vorsätzliche Tötung

(1) Wer einen anderen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) Auf lebenslange Freiheitsstrafe kann erkannt werden, wenn der Täter

1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet,
2. durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet
3. dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt,
4. absichtlich und mutwillig handelt oder
5. zur Ermöglichung einer Straftat, zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat gefaßten Entschlusses oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils tötet.

(3) Auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

1. die Schuld des Täters wegen seiner Beweggründe oder einer heftigen Gemütsregung erheblich gemindert ist oder
2. eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.

Der Versuch ist strafbar.

(4) Treffen die Voraussetzungen des Absatzes 2 und der Nr. 1 des Absatzes 3 zusammen, ist auf Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Der Entwurf folgt auch einem fallgruppenspezifischen Ansatz zur Identifikation der Höchststrafwürdigkeit von Tötungen. Die lebenslange Freiheitsstrafe ist indes nicht obligatorisch, so

⁶⁴ Vgl. etwa Dreher, Niederschriften Bd. 7, 31; Schafheutle, Niederschriften Bd. 7, 33, der im übrigen explizit auf die Tötung des Haustyrannen abhebt, die eben möglicherweise im Affekt, aber eben möglicherweise auch mit Überlegung ausgeführt wird; Schwalm, Niederschriften Bd. 7, 37, Bd. 13, 149 f.: im Überlegungstatbestand liegt „die schwierigste Problematik der Mordvorschrift“.

⁶⁵ In diese Richtung auch Gunther Arzt, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), S. 1, 8.

dass eine deutlich höhere Flexibilität zu verzeichnen ist. Die Mordmerkmale des § 211 finden sich hier nicht vollständig reproduziert. Es fehlen vor allem die niedrigen Beweggründe und die Heimtücke.

Eine stark subjektive Überlagerung findet sich bei Abs. 2 Nr. 4, wo es für den Mord ausreicht, dass der Täter „absichtlich und mutwillig“ handelt. In der Nr. 5 erscheint auch eine Reminiszenz an die Überlegung, da für den „Verdeckungsmord“ ein zuvor gefasster Entschluss erforderlich ist.

4. Zusammenfassende Beobachtungen

Bei der Lektüre der Diskussion um die Reform von §§ 211 ff. StGB nach 1945 fällt auf, dass Verfechter einer kasuistischen Herangehensweise, wie der des geltenden Rechts, häufig darauf verweisen, dass die Mordmerkmale verschiedene Tötungsszenarien umschreiben, die seit jeher und auch umgangssprachlich als „Mord“ gelten: dazu zählen der „Meuchelmord“, der „Lustmord“ und der „Raubmord“.⁶⁶ Der Gesetzgeber sei schon aus generalpräventiven Gründen verpflichtet, diesen „allgemeinen Vorstellungen vom Mord“ Rechnung zu tragen.⁶⁷ Dass solche pauschalen Schlagworte zur Abgrenzung höchststrafwürdiger Tötungsfälle wenig taugen, zeigt sodann die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission um einen weiteren Begriff, den „Fememord“, als Umschreibung für die Tötung ausschließlich aus politischen Gründen; auf dessen genaue Bestimmung konnte man sich nicht einmal im Ansatz einigen.⁶⁸ Der Gesetzgeber kann natürlich nicht an dem Rechtsempfinden der Bevölkerung vorbei agieren. Gleichwohl sind die umgangssprachlichen Begriffe als solche für eine kunstgerechte Dogmatik wertlos, da auch diese erst definiert werden müssten. Zudem wird das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung natürlich auch durch die Rechtsnormen geprägt und erhält selbstredend erst durch die Normierung seine Legitimation.

Zuletzt ist mit dem Hinweis auf die Kasuistik der Umgangssprache auch noch kein Argument gegen die „Überlegung“ konstruiert. Die Kommunikation zwischen Gesetzgeber und Rechtsunterworfenen wäre erst dann gestört, wenn grundsätzlich die Strafwürdigkeit bestimmten Verhaltens unterschiedlich eingeschätzt werden würde.

⁶⁶ Vgl. etwa Helmuth von Weber, Anmerkung zu OGHbz, Urt. v. 24.8.1948 – StS 55/48, DRZ 1948, S. 58: Demnach liegt die Wertung als Mord im Rechtsbewusstsein des Volkes vor der gesetzlichen Wertung bereits fest, so von Weber mit Verweis auf „die kriminologischen Erscheinungsformen der vorsätzlichen Tötungen“. Ähnlich die Argumentation von Schwalm, Niederschriften, Bd. 7, 33 (Raubmord), 37 (Meuchelmord), Bd. 13, 149 (Lustmord).

⁶⁷ So Jescheck, Niederschriften Bd. 7, 54.

⁶⁸ Vgl. Niederschriften, Bd. 7, 51 ff. Hierbei wird verschiedentlich vertreten, mit besonderer Vehemenz von Staatssekretär Strauß, dass gerade im Hinblick auf „unruhige politische Zeiten“, diese Form der Tötung mit der höchsten Strafe geahndet werden müsse, wohingegen etwa Welzel anführte, dass eine vernünftige Abgrenzung nicht gelingen könne. Diskutiert wurden hier die Attentate auf Matthias Erzberger und Walter Rathenau im Jahr 1921/22 durch rechtsterroristische Gruppen und deren unterschiedliche rechtliche Bewertung.

Die Reformdiskussion der frühen Bundesrepublik weist keine eindeutige Tendenz auf. Während vor allem die Vertreter des BGH die „Überlegung“ als Mordmerkmal bevorzugen, wird es von den übrigen Mitgliedern der großen Strafrechtskommission wie es scheint nicht sehr geschätzt. Das Ergebnis ist ein Kompromiss mit einer Kombination aus kasuistischen Mordmerkmalen und der Tötung mit Überlegung nach Art einer Generalklausel.

VI. Rechtsvergleichende Anmerkungen

Die hier folgenden rechtsvergleichenden Anmerkungen sind nicht allgemeiner Natur, sondern beziehen sich nur auf die Frage der „Überlegung“.

1. Angloamerikanischer Rechtskreis

Im *common law* gibt es die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag. Eine Tötung mit „*malice aforethought*“ ist Mord, ansonsten liegt nur Totschlag vor.⁶⁹ Wörtlich übersetzt bedeutet dieses Unterscheidungskriterium „böse Absicht“. Rechtsdogmatisch unterscheidet das englische Recht hier zwischen 1) *express malice* und 2) *implied malice*.⁷⁰ Letzteres folgt der gemeinrechtlichen Doktrin, dass bei einfacher vorsätzlicher Tötung ein Tötungsvorsatz im technischen Sinne gar nicht erforderlich ist. Es genügt, dass der Eintritt des Todes als wahrscheinlich oder doch als leicht möglich vorausgesehen worden ist oder vorausgesehen werden konnte.⁷¹ Der Erfolg steht im Vordergrund; Leichtfertigkeit wird diesbezüglich moralisch mit Absicht gleichgestellt.⁷² Bestraft wird letztlich die „schlimme, rechtswidrige Gesinnung“ in Form eines *versari in re illicita*.⁷³

Der Homicide Act 1957 modifizierte dieses System dem Grunde nach nicht. Es wird lediglich klargestellt, dass eine Tötung bei Begehung eines anderen Verbrechens nicht automatisch Mord sei, sondern der „Vorbedacht“ im Einzelfall nachgewiesen werden muss.⁷⁴

Im partikularisierten US-amerikanischen Recht finden sich auch französische Einflüsse. Mord im ersten Grad (*murder in the first degree*) liegt etwa in Pennsylvania, das vielen Staaten als Model dient, bei „intentional killing“ vor. Dieses wiederum ist definiert als: „Killing by means of poison, or by lying in wait, or by any other kind of willful, deliberate and premeditated killing“.⁷⁵ Das Töten mit Gift oder aus dem Hinterhalt heraus werden hier als Beispielfälle für das Töten mit Überlegung und Vorbedacht genannt. Mord im zweiten Grad (*murder in the*

⁶⁹ Vgl. dazu Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 345 ff.

⁷⁰ R. v. Moloney [1985] 1 All ER 1025.

⁷¹ F.v. Liszt, VDB V, S. 18.

⁷² Vgl. Antony Duff, Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law, Oxford 1990, S. 173-179.

⁷³ Vgl. F.v. Liszt, VDB V, S. 31.

⁷⁴ S. 1 Homicide Act 1957.

⁷⁵ 18 Pa. Cons. Stat. section 2502

second degree) liegt vor, wenn die Tötung bei Begehung einer anderen Straftat erfolgt. Tötungsvorsatz ist hier nicht erforderlich. Das ergibt sich aus der Tradition der „*implied malice*“ des common law. Die Todesstrafe wird nur bei Mord im ersten Grad verhängt.

Die unsystematische Vorgehensweise wurde schon von Franz von Liszt am Englischen Recht kritisiert: „Das englische common law ist absolut unbrauchbar; die englische Gesetzgebung hat gerade auf dem Gebiete der Tötungsdelikte vollständig versagt.“⁷⁶ Im Hinblick auf Reformbestrebungen in Deutschland wies er außerdem darauf hin, dass auch das US-amerikanische Recht „dem Gesetzgeber der Zukunft (...) so gut wie gar nichts zu bieten“ hat.⁷⁷ Jedenfalls kann festgehalten werden, dass „malice aforethought“ mit der „Überlegung“ i.S. des § 211 RStGB 1971 nicht identisch ist.

2. Französischer Rechtskreis

Zum französischen Recht finden sich schon Ausführungen bei der geschichtlichen Herleitung des RStGB. Das neue Gesetz von 1992 hat an der ursprünglichen Herangehensweise zur Identifizierung höchststrafwürdiger Tötungen nichts geändert. Demnach kann Mord im französischen Recht bei der Verwirklichung von zwei Mordmerkmalen vorliegen: 1) Tötung mit Überlegung (*préméditation*) oder 2) aus einem Hinterhalt begangene Tötung (*guet-apens*). Der Tatbestand „Mord“ ist kein selbständiger Tatbestand im französischen Recht, sondern eine Qualifizierungsform von Totschlag neben anderen strafschärfenden Umständen der Art. 221-2 und 221-4 fra.StGB. Das bedeutet, dass der Mord keinen selbständigen Unrechtsgehalt besitzt.

Eine Definition der „Überlegung“ findet sich in Art. 132-72.; dieser lautet: „Die Überlegung ist der vor der Handlung gefasste Plan, ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen zu begehen.“ Nach der Rechtsprechung setzt dies eine „vorhergehende Überlegung“ (*méditation préalable*) voraus, dass einen Plan zur Tötung also im Voraus gefasst wird.⁷⁸

Die Überlegung ist eine subjektives, täterbezogenes Merkmal, und gehört im französischen Recht zur subjektiven Ebene (*l'élément moral*) des Tatbestandaufbaus.⁷⁹

3. Sonstige

Kombinationen zwischen Fallgruppen und Generalklausel in Form der „Überlegung“, ähnlich dem Vorschlag im E 62 finden sich auch in einigen Kodifikationen, wie etwa Chile und Italien.

⁷⁶ Von Liszt VDB V, S. 36.

⁷⁷ Ebenda.

⁷⁸ Urteile der Court de Cassation, Cass. crim., Urteil vom 17 März 1993, Nr. 92-84.552. Veröffentlicht im Bull. crim. 1993 Nr. 121. Auch im Cass. crim., Urteil vom 31 März 1999, Nr. 98-83586, veröffentlicht im Bull. crim. 1999 Nr. 66, S. 168.

⁷⁹ Dazu auch Volker Helmert, Der Straftatbegriff in Europa, 2012, S. 152 ff.

So nennt Art. 391 des Chilenischen Strafgesetzbuchs etwa die folgenden Qualifizierungsmerkmale: die Heimtücke, die Tötung gegen Belohnung, unter Anwendung von Gift, die grausame Tötung oder eben die Tötung „mit Überlegung“. Bei dieser spielt die Kaltblütigkeit und Ruhe des Täters eine entscheidende Rolle.⁸⁰

Im italienischen Strafrecht zählt die „Überlegung“ zu den erschwerenden Umständen. Daneben findet auch die Tötung mit Gift oder durch ein anderes heimtückisches Mittel Anwendung.

Im Spanischen Strafrecht von 1944 war auch die Überlegung als täterbezogenes Merkmal für die Differenzierung zwischen Mord und Totschlag relevant. Im neuen spanischen StGB von 1995 sind in Art. 139 und 140 folgende Mordmerkmale anerkannt: Heimtücke, Tötung gegen Bezahlung, Belohnung oder ein Versprechen und Grausamkeit. Mord und Totschlag werden als zwei eigenständige Tatbestände mit jeweils eigenem Unrechtsgehalt angesehen. Die Formulierung ist indes anders als in § 211 StGB nicht tätertypenbezogen. Dass nunmehr die „Überlegung“ als Mordmerkmal weggelassen wurde, hat vor allem zwei Gründe: 1) die Unterscheidung zwischen Tötungsvorsatz und Überlegung konnte nicht überzeugend gelingen. 2) die Überlegung wurde als überflüssig angesehen, da sie bei den Merkmalen Heimtücke und Habgier bereits enthalten war.

Dieser kurze rechtsvergleichende Exkurs hat zu der Erkenntnis geführt, dass die „Überlegung“ als Mordmerkmal durchaus noch in einigen nationalen Strafrechtsordnungen Verwendung findet, und zwar vor allem eine ergänzende Funktion hat, neben einigen wenigen kasuistischen Merkmalen.

VII. Zusammenfassung

1. Die Überlegung als Mordmerkmal

Taugt nach all dem die Überlegung als Merkmal zur Identifizierung höchststrafwürdiger Tötungsfälle? Ist eine Aufnahme in eine moderne Gesetzesfassung zu empfehlen? Die ausführlichen Diskussionen in der Großen Strafrechtskommission belegen erhebliche Differenzen in der Beurteilung des Merkmals der „Überlegung“. Eb. Schmidt bemerkte, dass die Gerichte nach der alten Fassung die „Überlegung“ immer dort bejaht hätten, „wo die Verwerflichkeit der Tat gerade die Todesstrafe als gerecht erscheinen ließ“ und *de facto* nach Kriterien entschieden hätten, wie sie in § 211 RStGB-1941 normiert worden seien.⁸¹ Hingegen meinte

⁸⁰ Politoff/Matus/Ramírez, „Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial“. 2. Aufl. Santiago. 2005, S. 64.

⁸¹ Eberhard Schmidt, Zur Lehre von den Tötungsdelikten, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1949, 198, 200. Eb. Schmidt war am 11.11.1933 beim Bekenntnis der deutschen Professoren zu Adolf Hitler in Leipzig vertreten. In der NS-Zeit war er auch aktiv in

Paulheinz Baldus⁸², dass die Gerichte unter § 211 RStGB-1941 vor allem dann wegen Mordes verurteilten, wenn der Täter mit „Überlegung“ gehandelt hätte.⁸³ Darin drückt sich eine gewisse Beliebigkeit aus, dahingehend, dass die Gerichte ohnedies nach ihren eigenen Kriterien entscheiden.

Der Mordidentifikator „Überlegung“ ist indes besser als sein Ruf. Die Auslegungsprobleme scheinen im Vergleich zu den Mordmerkmalen des § 211 StGB kaum schwerwiegender zu sein. Das größte Auslegungsproblem ist wohl das zeitliche Moment. Wie viel Zeit ist für die Abwägung erforderlich? Bedarf es bei der Tötung mit Überlegung immer eine besondere Ruhe, ja Kaltblütigkeit des Täters?

Indes bietet die Überlegung ein Konzept, welches die höchststrafwürdige Tötung auf eine gemeinsame Idee zurückführen will. Diese Idee leuchtet auch unmittelbar ein: derjenige, welcher vor der Tötung eine Abwägung anstellt und sich dann gegen den Schutz des Lebens entscheidet, lehnt sich in besonderer Art und Weise gegen die Rechtsordnung auf.⁸⁴ Deshalb ist eine höhere Bestrafung angemessen.⁸⁵

2. Vergleich zu § 211 StGB

Vergleicht man die Mordmerkmale des geltenden Rechts mit der „Überlegung“, so lassen sich Übereinstimmungen und Unterschiede ausmachen:

Die täterbezogenen Merkmale der 1. Gruppe, Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier und niedrige Beweggründe bieten alle Motive für die Tötung, die im Rahmen der Abwägung für den Täter wichtiger waren als der Schutz des Lebens seines Opfers. Der Täter handelt hier demnach mit Überlegung.

Bei einer heimtückischen Tötung, bei welcher die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausgenutzt wird, muss nicht unbedingt eine Überlegung stattgefunden haben.⁸⁶ Hier sind auch Fälle denkbar, in denen der Täter eher spontan (etwa von hinten) mit Tötungsvorsatz zuschlägt.⁸⁷ Die grausame Begehungsweise setzt in der Regel einen längeren Zeitraum und daher auch Zeit zur Abwägung voraus. Das scheint mir aber auch nicht zwingend. Es gibt

der Wehrjustiz, war ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift für Wehrrecht und Autor der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht: Rechtsmittel des Wehrmichtsstrafverfahrens. Nach 1945 zunächst in Göttingen und dann in Heidelberg als o. Professor tätig.

⁸² Paulheinz Baldus, Große Strafrechtsreform, Niederschriften Bd. 7, S. 55. Baldus (1906-1971) war von 1933 an zeitweise im Reichsministerium der Justiz, in der Kanzlei des Führers und als Richter, zuletzt als Landgerichtspräsident in Frankfurt, tätig. Ab 1948 war er wieder als Landgerichtsrat in Wiesbaden tätig und von 1951-1971 Richter am Bundesgerichtshof, seit 1956 als Senatspräsident 2. Senat.

⁸³ Auf dieses Paradoxon weist Gunther Arzt, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), S. 1, 9 f. Fn. 22 hin.; ähnlich auch Anette Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikte, 2010, S. 80 f.

⁸⁴ Mit einer gesteigerten Gefährlichkeit eines solchen Täters hat das nichts zu tun. Hier stimme ich Anette Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikte, 2010, S. 84, zu.

⁸⁵ Etwas polemisch ausgedrückt handelt es sich um den „Gipfel des Verschuldens“, vgl. Friedrich Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 306.

⁸⁶ Gegenbeispiele bei Anette Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 81.

⁸⁷ Nicht zuletzt im französischen Recht ist der Hinterhalt explizit neben der Überlegung im Gesetz als Mordmerkmal erwähnt.

Fälle, in denen jemand schwerste Schmerzen zufügt, ohne zuvor eine Abwägung für oder gegen das Leben angestellt zu haben. Soweit für die Tatbegehung ein gemeingefährliches Mittel erst besorgt werden muss, wird in der Regel der Täter auch mit „Überlegung“ gehandelt haben. Soweit das Tatmittel auch spontan zur Verfügung steht, kann die Ausführung auch ohne vorherige Abwägung denkbar sein.

Bei den Merkmalen der 3. Gruppe, der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht, ist ein Handeln mit „Überlegung“ ebenfalls nicht zwingend, noch nicht einmal wahrscheinlich. So nennt das französische Strafrecht die Tötung im Zusammenhang mit der Begehung eines (anderen) Verbrechens explizit als Fall des qualifizierten Totschlags, der aber – mangels Überlegung – kein Mord ist oder sein muss (Art. 221-2 franz. StGB).

Es ergeben sich deshalb schon erhebliche Unterschiede zwischen der Überlegung und der kasuistischen Vorgehensweise. Während die 1. Gruppe in § 211 Abs. 2 StGB von der Überlegung umfasst ist, sind bei der 2. und 3. Gruppe andere normative Erwägungen ausschlaggebend, die nicht unbedingt ein überlegtes Vorgehen implizieren.

3. Sinnhaftigkeit der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

Die Schwierigkeit mit der Auslegung sowohl des Merkmals der „Überlegung“ wie der Mordmerkmale nach geltendem Recht liegt sicherlich in der zwingenden Rechtsfolge. Sowohl beim Merkmal der „Überlegung“ wie auch bei den einzelnen Fallgruppen wird es immer Fälle geben, welche die Höchststrafe nicht verdienen, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind. Umgekehrt lassen sich auch immer Fälle identifizieren, in welchen die Höchststrafe angemessen wäre, die Tatbestandsvoraussetzungen aber nicht vorliegen. Eine gewisse Flexibilität in der Rechtsfolge scheint mir daher ein zwingendes Erfordernis zu sein, um Einzelfallgerechtigkeit herstellen zu können.

Eb. Schmidt weist im Rahmen der Strafrechtskommission auf folgendes hin: „Es ist eine historisch seltsame Tatsache, daß man Mord und Totschlag seit eineinhalb Jahrtausenden unterscheidet, daß man aber im Grunde genommen nie gewußt hat, wo die Grenze wirklich verläuft.“⁸⁸

⁸⁸ Niederschriften Bd. 7, 32.

Wahr ist indes auch die Stellungnahme von Hans-Heinrich Jescheck im Rahmen der Großen Strafrechtskommission: „Ich glaube, daß alle Lösungen, die ins Auge gefaßt wurden, ihre Mängel haben und daß es darum geht, jene zu finden, deren Mängel noch am geringsten erscheinen.“⁸⁹

Angesichts dieses Befundes erscheint es mir am sinnvollsten, eine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, für die es nur schlechte Lösungen zu geben scheint, überhaupt erst gar nicht zu versuchen.

⁸⁹ Niederschriften Bd. 7, 31.

16. BA beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider

Impulsreferat zur Auftaktveranstaltung

I.

Im strafrechtlichen Schrifttum besteht seit langem Einigkeit darüber, dass die Tötungsdelikte reformbedürftig sind. Was genau reformiert werden und vor allem zu welchem Sanktionsniveau die Neugestaltung der §§ 211 ff. StGB führen soll, ist indessen unklar.

Ausgangspunkt der Reformdiskussion ist die Bereinigung der Vorschrift des Mordes von nationalsozialistischer Terminologie. In ihrem Zentrum steht hingegen die inhaltliche Neugestaltung des § 211 StGB. Die den Mord regelnde Strafbestimmung erfährt vielfältige Kritik. Die Einwände gegen das geltende Recht zielen sowohl auf die Tatbestands- als auch auf die Rechtsfolgenseite.

1.

Das Gros der Kritiker des § 211 StGB moniert, dass sämtliche Fälle des Mordes uniform mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden. Dieser Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus wird als ein der Einzelfallgerechtigkeit widerstreitender Verstoß gegen den Grundsatz sinn- und maßvollen Strafens gerügt. Es wird angeregt, für außergewöhnlich gelagerte Mordtaten unterhalb der Schwelle höchststrafwürdiger Verbrechen die Verhängung zeitiger Freiheitsstrafe vorzusehen. Weitergehende Vorschläge sehen vor, die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord entweder gänzlich abzuschaffen oder sie fakultativ neben zeitigem Freiheitsentzug vorzusehen.

Andere Reformansätze zielen darauf ab, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des § 211 StGB auf der Tatbestandsebene auszuschalten. Danach sollen die den Mord kennzeichnenden Umstände nicht mehr als strikt wirkende Tatbestandsmerkmale, sondern lediglich als flexibel handhabbare Regelbeispiele für höchststrafwürdige Tötungsverbrechen ausgestaltet werden. Unter den Anhängern dieser Lösung ist umstritten, ob die Regelbeispiele unter das zusätzlich zu prüfende Leitprinzip der Gemeinschaftsbedrohlichkeit der Tat gestellt werden sollen, oder aber ob hiervon mit Blick auf ihre für sich betrachtet hinreichende Aussagekraft abgesehen werden kann.

2.

Unabhängig von den einzelnen Strategien zur Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des § 211 StGB wird von Teilen des strafrechtlichen Schrifttums die Legitimität bestimmter Mordmerkmale bestritten. Namentlich die Motivgeneralklausel der sonstigen

niedrigen Beweggründe sowie die Heimtücke werden in Frage gestellt. Darüber hinaus gilt die Verdeckungsabsicht mit Blick auf ein vermeintliches strafrechtliches Selbstbegünstigungsprinzip als problematisch. Zuweilen wird sogar die Abschaffung des Mordtatbestandes gefordert. Es wird behauptet, dass das Unrecht einer vorsätzlichen Tötung weder durch besondere Begehungsweisen noch durch die den Täter beherrschenden Beweggründe steigerungsfähig sei. Ausgehend hiervon wird abweichend von der geltenden dreistufigen Ausgestaltung der Tötungsdelikte ein zweistufiges Modell in Gestalt eines Basistatbestandes der vorsätzlichen Tötung und hiervon abzuschichtenden minder schwerer Fällen propagiert.

II.

Zu Beginn der Diskussion über eine Reform der Tötungsdelikte muss die gegenüber eher technischen Aspekten der tatbestandlichen Ausgestaltung einzelner Vorschriften vorrangige Frage stehen, welches Sanktionsniveau mit einer Neufassung der §§ 211-213 StGB angestreut werden soll. Die Antwort hierauf kann nicht allein kriminalpolitischer Inspiration entspringen. Der mit den Tötungsdelikten verfolgte Schutz des alles andere überragenden Rechtsguts „Leben“ verlangt danach, die wertungsmäßig höchststrafwürdigen Fälle der vorsätzlichen Tötung mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahnden. Daran sollte der Reformgesetzgeber nichts ändern; denn es gilt: Lebenslang für Mord ist die Leitwährung des Strafrechts. Hierbei handelt es sich um ein in der rechtstreuen Bevölkerung fest verankertes sozialpsychologisches Faktum. Deshalb wäre es verfehlt, ausgerechnet die Rechtsfolgenseite der das Herz des Strafrechts ausmachenden Tötungsdelikte als Feld zur Erprobung neuer Strafrahenkonzepte zu begreifen.

Diejenigen, die daran rütteln wollen, verfehlen nicht nur die Erwartungshaltung der Gesellschaft zum sachgerechten Umgang der Justiz mit schwersten Tötungsverbrechen. Angesichts der Schlüsselstellung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord würde die nachhaltige Zurückdrängung dieser Sanktion zugleich das Strafsystem des Strafgesetzbuches in Frage stellen und eine Gesamtreform der Rechtsfolgenseite nahezu sämtlicher Strafbestimmungen erforderlich machen. Dahingehende Änderungen müssten aus Gründen vergleichender Strafgerechtigkeit in eine rasante Talfahrt des gesamten Sanktionsniveaus münden. Hieran kann ein auf die Bestrafungsbedürfnisse der Rechtsgenossen Bedacht nehmender Gesetzgeber kein Interesse haben, selbst wenn diese nicht durchgängig rational erklärbar sind.

III.

Im strafrechtlichen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass der Straftatbestand des Mordes neben dem in § 212 StGB als „Normalfall“ der vorsätzlichen Tötung geregelten Totschlag keine Existenzberechtigung habe, weil das Unrecht der vorsätzlichen Lebensvernichtung nicht steigerungsfähig sei. Diese Sichtweise ist bestimmten rechtsphilosophischen Modellen verhaftet. Derartige Modelle der Umschreibung von Tötungsunrecht sind gedanklich indessen weder zwingend noch rechtspraktisch überzeugend. Gewiss trifft es zu, dass das Erfolgsunrecht solcher Taten absolut und daher relativen Erwägungen nicht zugänglich ist. Hingegen kann das Handlungsunrecht einer Tötung sowohl durch besondere sozialgefährliche Ausführungsmodalitäten als auch durch anti-soziale Beweggründe des Täters derart gesteigert werden, dass die solchermaßen gekennzeichnete Tat insgesamt auf einer höheren Ebene schuldhaft verwirklichten Unrechts siedelt. Ausgehend hiervon erscheint es sachgerecht, der Architektur der Tötungsdelikte einen dreigliedrigen Deliktsaufbau zugrunde zu legen. Danach sind der Strafbestimmung des Mordes diejenigen Fälle zu unterstellen, die im Lichte der vorstehend erwähnten Erschwerungsumstände als höchststrafwürdig erscheinen.

IV.

Eine höchststrafwürdige vorsätzliche Tötung zeichnet sich gegenüber dem normativen Normalfall des Totschlags entweder durch eine besonders gefährliche und deswegen als gesteigert gemeinschaftsbedrohlich empfundene Tatausführung oder aber durch eine fundamentale Gemeinschaftswerte in Frage stellende Motivation des Täters aus. Nach diesen Leitprinzipien sollte sich die Auswahl der Mordmerkmale richten.

1.

Es dürfte konsensfähig sein, dass eine Tötung unter motivationaler Missachtung des personalen Eigenwerts des Opfers höchststrafwürdig und deshalb als Mord einzustufen ist. Demnach muss die Tötung eines Menschen wegen seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Herkunft, seines Glaubens sowie seiner politischen oder religiösen Anschauungen als Mord angesehen werden. Gleiches gilt für Fälle inkonnexer Tötungen, in denen der Täter das Opfer ohne personenbezogenen oder situationsspezifischen Grund tötet.

2.

Darüber hinaus ist es sachgerecht, die strafvereitelnde Verdeckungstötung in den Kanon der subjektiven Mordmerkmale aufzunehmen. Wer einen anderen umbringt, um dadurch seine

eigene Bestrafung oder die eines Dritten zu vereiteln oder zumindest zu erschweren, handelt höchststrafwürdig, weil er der rechtlich erzwungenen Reaktion auf Verbrechen in Form effektiver Strafverfolgung gewaltsam zuwiderhandelt und damit die Grundlagen des strafverfolgenden Staates in Frage stellt. Der Rechtsstaat muss hierauf geradezu allergisch reagieren. Der hiergegen erhobene Einwand, dem Täter müsse aufgrund seiner (vermeintlich) begreiflichen Furcht vor Strafverfolgung Nachsicht zuteil werden, geht fehl. Gleiches gilt für die These, die Ahndung der Verdeckungstötung als Mord widerstreite dem strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip. Das Strafrecht kennt keinen Grundsatz, demzufolge selbstbegünstigenden Gewalttaten mit Nachsicht zu begegnen ist. Vielmehr gilt, dass der Verdeckungstäter für seine aus der Vortat resultierende psychische Zwangslage infolge befürchteter Strafverfolgung selbst zuständig ist und deswegen die daraus entstehenden Bedrängnisse allein tragen muss (Gedanke des Vorverschuldens; vgl. §§ 35 Abs. 1 S. 2, 213 Alt.1 StGB). Schlussendlich ist es sachgerecht, dass der Staat denjenigen, die er konstellativ als „Allerweltszeugen“ oder aber institutionell als Angehörige der Strafverfolgungsbehörden für die Strafverfolgung gezielt in Anspruch nimmt, gesteigerten Schutz gegenüber gewaltsamen Selbstbegünstigungshandlungen zukommen lässt.

3.

Beschränkt man subjektive Mordmerkmale auf die vorstehend skizzierten Fallgruppen, gegebenenfalls angereichert um habgierig und sexuell motivierte Tötungen, so stellt sich die Frage, wie man die folgenden Fälle einstufen soll:

- Der Täter begeht einen „Ehrenmord“;
- Der Täter tötet aus dem Motiv der „Blutrache“;
- Der Täter gehört zu den Hells Angels; er tötet aus „Gruppenhass“ ein Mitglied der Bandidos;
- Der Täter tötet, um eine Ordnungswidrigkeit oder ein sozial anstößiges Verhalten zu verdecken;
- Der Täter tötet aus einem terroristischen Motiv (Machtdemonstration; Ausschaltung des Gegners).

a:

Es drängt sich auf, die Beweggründe der vorgenannten Beispielfälle als höchststrafwürdig zu klassifizieren. Hierzu besteht Anlass, weil solchermaßen motivierte Straftaten aufgrund ihrer anti-sozialen Ausrichtung von den Rechtsgenossen als besonders gemeinschaftsbedrohlich wahrgenommen werden. Zudem bestehen wertungsmäßige Parallelen zu den vorerwähnten (unstreitigen) subjektiven Mordmerkmalen.

Die gesetzestechnische Umsetzung dieser Bewertung von Tatmotiven könnte dadurch geschehen, dass das Arsenal der subjektiven Mordmerkmale kasuistisch mit zahlreichen enumerativ ausgewiesenen Beweggründen gefüllt wird. Die moderne Alternative hierzu ist die Statuierung einer Motivgeneralklausel nach herkömmlicher Art. Eine solche ist vor dem Hintergrund der jahrzehntelangen einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bestimmung „sonstiger niedriger Beweggründe“ verfassungsrechtlich unbedenklich, zumal da die übrigen tatbestandlich ausgestanzten subjektiven Mordmerkmale die rechtlich relevante Wertungsebene hinlänglich deutlich vorgeben.

b:

Es liegt nahe, die rechtspraktisch wohl kaum verzichtbare Motivgeneralklausel des § 211 StGB inhaltlich neu auszurichten. Die verwerflichkeitsorientierte Ausdeutung der bislang als „niedrig“ beschriebenen Beweggründe sollte zukünftig durch einen stärker gesellschaftsorientierten Ansatz ersetzt werden. Zur Umschreibung höchststrafwürdiger Fälle mag vorerst der Arbeitsbegriff der „anti-sozialen“ Tatmotivation dienen. Abgezielt wird damit auf Konstellationen, in denen der Täter durch die solchermaßen motivierte Tat fundamentale Werte und Grundübereinkünfte der Gesellschaft verletzt und dadurch das Normgeltungsvertrauen der Rechtsgenossen nachhaltig in Frage stellt. Durch eine solche Neuausrichtung der Motivgeneralklausel würde nicht nur Abstand zu einer unnötig gesinnungsethisch aufgeladenen Terminologie der subjektiven Mordmerkmale gewonnen; vielmehr könnte auf diese Weise ihre moderne Ausrichtung auf motivational gemeinschaftsbedrohliche Taten zum Ausdruck gebracht werden. Die davon ausgehenden Folgen sind ambivalent: Einerseits dürften die überaus praxisrelevanten Tötungen des Intimpartners im Lichte der vorstehend favorisierten Ausformung der Motivgeneralklausel eher selten als Mord eingeordnet werden. Andererseits liegt es nahe, sämtliche politisch motivierten Taten sowie auch Tötungen aus Rache als anti-sozial motivierte Verbrechen einzustufen, weil sich solche Delikte gegen konstitutive Wertentscheidungen des Rechtsstaats richten (Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung; Strafverfolgung allein durch den Staat unter Ausschluss der Todesstrafe).

4.

Die als besonders gemeinschaftsbedrohlich empfundene Durchführung des Tötungsvorhabens markiert den weitgehend konsensfähigen Anknüpfungspunkt objektiver Mordmerkmale.

a:

Zu den unumstrittenen objektiven Mordmerkmalen zählen Fälle der Viel- und Mehrfachtötung sowie solche, in denen der Täter dem Opfer während des Handlungsvollzuges bewusst

übermäßige körperliche Qualen zufügt. Weiterhin dürfte die Verwendung von Tatmitteln, die aufgrund der Art ihres Einsatzes nicht nur das Leben des avisierten Opfers, sondern auch das beliebiger Dritter gefährden können, höchststrafwürdiges Tötungsunrecht erfüllen.

b:

Zu prüfen ist, ob die Tötung von Menschen, denen gegenüber der Täter als Garant des Rechtsguts „Leben“ in einem besonderen Pflichtenverhältnis steht, zukünftig als Mord klassifiziert werden soll, sofern sich die Tat gegen einen habituell oder situativ hilflosen Schützling richtet. Die ausdrückliche tatbestandliche Berücksichtigung der Verletzung derart qualifizierter Pflichten könnte einen wichtigen Beitrag zum Schutz kleiner Kinder und ähnlich schwacher Personen leisten. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere in der Tötung von Kleinkindern durch ihre Eltern eine signifikante Unrechtssteigerung liegt. Problematisch sind insoweit allerdings die sogenannten „Schüttelfälle“; sie ließen sich dadurch „entschärfen“, dass lediglich die absichtliche Tötung des hilflosen Schützlings als Mord erfasst wird. Gleiches gilt für Tötungsverbrechen unter Verletzung von Schutzpflichten aus besonderen Vertrauensverhältnissen wie der Ehe oder ähnlicher Rechtsinstitute. Und schließlich dürfte auch die gezielte Tötung hilfloser Personen in Krankenhäusern, Altenheimen und sonstigen Pflegeeinrichtungen durch Angehörige des Pflegepersonals höchststrafwürdig sein.

c:

Ob allein der Aspekt des Ausnutzens situativer Hilflosigkeit durch Überraschung eines nicht mit dem Angriff auf sein Leben rechnenden Opfers zur Kennzeichnung mordtypischen Handlungsunrechts ausreicht, bedarf – wie die Diskussion um die Legitimität des Mordmerkmals der Heimtücke demonstriert – eingehender Erörterung. Dass die Rechtsgenossen die Tötung Schlafender sowie aus dem Hinterhalt begangene Taten als höchststrafwürdige Tötungsverbrechen wahrnehmen, ist allerdings ein unumstößliches sozialpsychologisches Faktum; an ihm sollte der Gesetzgeber nicht ohne Weiteres vorbeigehen. Andererseits kann die bewusste Ausnutzung des Überraschungsmoments zur Tötung auch Ausfluss der körperlichen Unterlegenheit des Täters gegenüber dem Opfer sein. Erwähnenswert sind vor allem Fälle, in denen Frauen ihre Lebensgefährten deswegen im Schlaf umbringen oder von hinten töten, weil ihnen die Umsetzung des Tötungsvorhabens in offener Konfrontation mit dem Opfer physisch kaum möglich ist. Freilich gibt es keinen Grundsatz, wonach es jedem ermöglicht werden müsste, töten zu können, ohne zugleich § 211 StGB zu verwirklichen.

Entscheidet man sich für ein der Heimtücke entsprechendes objektives Mordmerkmal, dürfte es mit Blick auf in derartigen Sachverhaltskonstellationen nicht selten anzutreffende einzel-

fallspezifische Unrechtsminderungen indessen angezeigt sein, die Vorschrift des § 211 StGB zumindest auf der Rechtsfolgenseite flexibel auszugestalten.

V.

Die Frage, ob höchststrafwürdige Fälle der Tötung zukünftig als qualifizierende Tatbestandsmerkmale oder aber als Regelbeispiele gefasst werden sollen, thematisiert das zentrale Reformanliegen der Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des § 211 StGB. Auf der Grundlage einer Regelbeispielmethode ist es unter Wahrung des Grundsatzes maßvollen Strafens möglich, Lebenslang für Mord weiterhin als „Punktstrafe“ anzudrohen; denn die Flexibilität der Tatbestandsseite stellt sicher, dass tatsächlich nur höchststrafwürdige Fälle als Mord geahndet werden. Mehr ist freilich weder geboten noch sinnvoll, will man nicht die Höchststrafe zur kleinen Münze degenerieren lassen. Weist man hingegen den Mordmerkmalen tatbestandliche Funktion zu, ist es unumgänglich, die Rechtsfolgenseite durch eine Sonderregelung für Fälle, in denen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz Verwirklichung qualifizierender Umstände nicht angezeigt ist, zu entlasten.

1.

Die Regelbeispielmethode dürfte dazu führen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord bei realistischer Betrachtung des weitgehend von der forensischen Psychiatrie dominierten Schwurgerichtsalltags mittelfristig kaum noch vorkommen wird. Ausschlaggebend hierfür ist die Regelbeispielen eigentümliche Gesamtbetrachtung aller möglichen tat- und täterbezogenen Milderungsfaktoren unter besonderer Berücksichtigung der vertypten Strafminderungsgründe des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Da realistischerweise zu befürchten steht, dass die Schwurgerichte die Regelbeispielmethode unter ungeschmälerter Berücksichtigung der bisherigen, überaus angeklagtenfreundlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 21 StGB umsetzen werden, empfiehlt es sich im Interesse der Wahrung der Schlüsselstellung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord nicht, die Mordmerkmale auf das Niveau rechtspraktisch weitgehend frei verfügbarer Regelbeispiele abzusenken. Pointiert: Wer höchststrafwürdige Fälle vorsätzlicher Tötung grundsätzlich mit Lebenslang geahndet wissen will, muss Mordmerkmale als feste Elemente des Unrechtstatbestandes ausweisen.

2.

Begreift man Mordmerkmale im vorgenannten Sinne strikt, ist es allerdings unerlässlich, die Rigidität der bislang vorgesehenen Punktstrafe im Interesse einer sinn- und maßvollen Sanktionierung außergewöhnlich gelagerter Einzelfälle auf der Rechtsfolgenseite aufzubrechen. Die Praxis kennt eine Reihe von Fällen, in denen die Verwirklichung eines Mordmerkmals in

Ansehung spezifischer Umstände des abzuurteilenden Sachverhalts wertungsmäßig nicht die Höchststrafe nach sich ziehen kann. Erinnerung sei etwa an die Tötung eines Familientyrannen. In derartigen Konstellationen muss es möglich sein, ungeachtet der gängigen vertyp-ten Strafmilderungsfaktoren von der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe Abstand zu nehmen.

a:

Die Öffnung der Rechtsfolgenseite des § 211 StGB könnte in einem neu zu schaffenden Absatz 3 erfolgen. Dort sollte klargestellt werden, dass für Fälle, in denen das Unrecht der Tat aufgrund besonderer Umstände erheblich gemindert und deswegen lebenslange Freiheitsstrafe nicht angemessen ist, eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren angedroht wird. Zu denken ist dabei insbesondere an gewichtige Übergriffe des Opfers in die Rechtssphäre des Täters, die der Tötung zeitlich unmittelbar vorgelagert sind und diese aus normativer Sicht als begreiflich erscheinen lassen. Im Lichte der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung können hierzu allerdings nicht bloße ehrenrührige Provokationen zählen; denn ehrpusselige Nicklichkeiten markieren im Kontext der Tötungsdelikte keine normativ relevante Unrechtsminderung. Andererseits darf der Einzugsbereich des § 211 Abs. 3 StGB (E) nicht auf die bislang erörterten Konstellationen der sogenannten Rechtsfolgenlösung beschränkt werden. Sie sind – wie die Tötung eines Familientyrannen zeigt – zu eng und somit nicht geeignet, das Spektrum der Fälle geminderten Mordunrechts adäquat abzubilden.

b:

Die Öffnung der Rechtsfolgenseite des § 211 StGB darf freilich nicht dahingehend missverstanden werden, dass nunmehr für „minder schwere Fälle“ des Mordes zeitige Freiheitsstrafe angedroht wird. Die vorstehend skizzierte Ausnahmegesetzgebung ist zugeschnitten auf Sachverhalte, in denen das Unrecht der Mordtat aufgrund fallsituativer Umstände signifikant abgesenkt ist. Demgegenüber können weder vertyp- noch allgemeine Strafmilderungsgründe den Anwendungsbereich des § 211 Abs. 3 StGB (E) eröffnen. Anders entscheiden hieße, die Wirkkraft der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord zu unterminieren. Dies kann ebenso wenig Ziel einer Reform der Tötungsdelikte sein wie eine flächendeckende Absenkung des Sanktionsniveaus für höchststrafwürdige Fälle vorsätzlicher Lebensvernichtung.

Die Motivgeneralklausel des § 211 Absatz 2 StGB – ein unzeitgemäßes Mordmerkmal?

I. Einleitung

In § 211 Abs. 2 StGB hat der Gesetzgeber festgelegt, dass dem vorsätzlichen Tötungsdelikt zu Grunde liegende Beweggründe (Habgier, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Mordlust) sowie einzelne vom Täter hiermit verfolgte Absichten (Ermöglichung sowie Verdeckung einer Straftat) die Tat zum Mord qualifizieren. Darüber hinaus dekretiert die Vorschrift, dass sonstige Tötungen aus niedrigen Beweggründen gleichermaßen als Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden. Diese sogenannte Motivgeneralklausel hat gesetzessystematisch die Funktion eines Auffangtatbestandes.¹ Sie bringt zum Ausdruck, dass Tötungsverbrechen, deren Begehung auf Motiven beruht, die den ausgestanzten subjektiven Mordmerkmalen wertungsmäßig vergleichbar sind, ebenfalls als Mord eingestuft werden.

Statistisch betrachtet stellt die Motivgeneralklausel eines der am häufigsten zur Anwendung gelangenden Mordmerkmale dar. Angesichts der Vielfalt möglicher Motive für die Begehung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts ist sie aus dem Schwurgerichtsalltag rechtspraktisch gar nicht wegzudenken. Wollte man sie im Zuge einer Gesetzesreform aus dem Kanon der Mordmerkmale streichen, würde die Verhängung der für Mord exklusiv vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe signifikant reduziert werden.

Die damit einhergehende drastische Absenkung des in Deutschland ohnehin nicht sonderlich hohen Sanktionsniveaus für Tötungsverbrechen wäre rechtspolitisch in zweierlei Hinsicht problematisch: Einerseits würde dadurch die im Bewusstsein der Bevölkerung fest verankerte lebenslange Freiheitsstrafe als adäquate Reaktion auf schwerwiegende Tötungsdelikte – gleichsam durch einen vordergründig eher technisch motivierten Federstrich – faktisch an den Rand gedrängt mit der Folge, dass der Gesetzgeber die sozialpsychologische Befindlichkeit der Bevölkerung eindeutig und nachhaltig verfehlte. Daran kann er kein kriminalpolitisches Interesse haben. Andererseits würde ein Verzicht auf die Motivgeneralklausel unter Beibehaltung der geläufigen subjektiven Mordmerkmale – gegebenenfalls erweitert um kriminalpolitisch ohne Weiteres konsensfähige „Hass-Motive“ - zu gravierenden Friktionen im „gerechten“ Umgang mit Tötungsantrieben führen. Pointiert: Weshalb sollte etwa die Tötung eines Polizeibeamten zur Verdeckung einer bloßen Ordnungswidrigkeit ein mit zeitiger Freiheitsstrafe sanktionierter Totschlag sein, während die wertungsmäßig vergleichbare Tat zur Verdeckung einer Straftat ein mit „Lebenslang“ geahndeter Mord ist? Und wie sollte es den Rechtsgenossen vermittelt werden, dass sogenannte „Ehrenmorde“ nach Abschaffung der

¹ MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 72; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 20.

Motivgeneralklausel zukünftig nur noch mit einigen Jahren Freiheitsstrafe belegt werden, während die Rechtsgemeinschaft dafür die deutlich strengere Sanktion des Lebenslang – völlig zu Recht – erwartet?²

Verwerfungen der vorstehend geschilderten Art muss vor Augen haben, wer die Motivgeneralklausel im Zuge der Reform der Tötungsdelikte preisgeben möchte. Anhänger einer avantgardistischen Neugestaltung der §§ 211, 212 StGB mögen hieran - sei es aus Überzeugung, sei es in Selbstüberschätzung der Möglichkeiten zur gesellschaftlichen Vermittelbarkeit ihrer Ansätze - vorbeigehen. Realistische Kriminalpolitik wird sich hierauf nicht einlassen können; denn nachgerade die Tötungsdelikte sind kein taugliches Experimentierfeld zur Umsetzung elitärer Konzeptionen. Solchermaßen zugespitzt zeichnet sich ab, dass die Motivgeneralklausel nicht zur Disposition des Reformgesetzgebers stehen kann.

II. Problemstellung

Das vorstehend angedeutete Plädoyer für die Unverzichtbarkeit der Motivgeneralklausel ist verschiedenen Einwänden ausgesetzt:

Die Kritik geht vor allem dahin, dass rechtlich konsistente Kriterien zur trennscharfen Bestimmung der Niedrigkeit eines sonstigen Tötungsbeweggrundes im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB nicht existierten.³ Die gängigen Ansätze zur inhaltlichen Konkretisierung der Motivgeneralklausel werden vielfach als zu unbestimmt empfunden, um darauf gestützt die kategoriale Abgrenzung von Mord und Totschlag rechtfertigen zu können. Namentlich der höchststrichterlichen Rechtsprechung, derzufolge ein Motiv „niedrig“ ist, wenn es nach sittlicher Bewertung auf tiefster Stufe steht und hochgradig verwerflich ist, wird vorgehalten, mit dem verwerflichkeitsorientierten Rekurs auf die Sozialethik einen außerrechtlichen Bezugspunkt zu benennen, der zur sachgerechten Konturierung der Niedrigkeit eines Tötungsbeweggrundes nichts wirklich Weiterführendes beizutragen vermag.⁴

Ein auf anderer Ebene gelagerter Einwand gegen die Motivgeneralklausel macht empirische Vorbehalte gegen die Art der Feststellung niedriger Beweggründe geltend.⁵ Unter Hinweis auf das vielfach mehrdimensional motivierte Vorgehen von Tätern wird vorgebracht, dass die Herausarbeitung des der strafrechtlichen Bewertung zugeführten Tötungsbeweggrundes häufig allein ein Akt ratio-orientierter Zuschreibung ohne empirisch zuverlässig ermitteltes

² Siehe dazu Schneider in: Jahn/Nack, Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, S. 44, 58.

³ Siehe dazu aus der Reformdiskussion vor allem die Begründung zum AE (2008), GA 2008, 193, 200 f. Weiterführend Fischer § 211 Rn 14c, 15; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 21; Müssig, Mord, S. 95 f.; Heine, Beweggründe, S. 54 ff.; Rüping JZ 1979, 617, 619; Woesner NJW 1978, 1025, 1026.

⁴ Eingehend Müssig, Mord, S. 95-97, 105 f.; Kühl JA 2009, 833, 836 f.; Woesner NJW 1978, 1025, 1026.

⁵ Eingehend hierzu mit Nachweisen Grünewald, Tötungsdelikt, S. 104-110 sowie Müssig, Mord, S. 106 f. und Votteler, Mordmerkmal, S. 89 f.

Substrat sei. Ausgehend hiervon wird die Abschaffung der Motivgeneralklausel deshalb gefordert, weil ihre Handhabung letztendlich Ausfluss einer die Lebenswirklichkeit verzerrenden „intellektualistischen Psychologie“ sei.

Beide Stoßrichtungen der Kritik zeigen Schwachpunkte der Motivgeneralklausel auf. Die gegen sie geltend gemachten rechtlichen Bedenken sind nicht einfach von der Hand zu weisen; denn in der Tat liefern weder die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Anspruch genommene Sozialethik noch die im strafrechtlichen Schrifttum entwickelten Modelle durchgängig befriedigende Ansätze zur Bestimmung eines allseits konsensfähigen Maßstabs für niedrige Beweggründe. Und auch die empirischen Bedenken gegen die Motivgeneralklausel sind nachvollziehbar. Sie müssten bei konsequentem Vorgehen sogar dazu führen, sämtliche subjektiven Mordmerkmale zu streichen; denn der Vorwurf verzerrender Zuschreibung statt der gebotenen strikt empirisch fundierten Rekonstruktion innerer Vorgänge trifft diese gleichermaßen. Damit könnten selbst rassistisch, religiös oder politisch motivierte Tötungen nicht mehr als mordtypische Tatbestandsmerkmale ausgewiesen werden, weil sich der Gesetzgeber eingestehen müsste, dass die forensische Feststellung solcher Beweggründe den Rechtsanwendern vielfach etwas nicht Leistbares abverlangt.

Freilich sind derart weitreichende Konsequenzen bei näherem Zusehen nicht geboten:

Der empirisch ausgerichtete Einwand ist gleichermaßen fundamental wie banal. Er stellt letztendlich die Systemfrage. Da die Aufklärung innerer Vorgänge des Täters stets auch mit wertenden Zuschreibungen als Erklärung von Verhalten verknüpft ist, bezeichnen die Monita hiergegen nichts Besonderes. Der Gesetzgeber muss darauf im Kontext der Tötungsdelikte nicht gesondert Acht geben, zumal da die Strafrechtsdogmatik der Kritik mit der Rechtsfigur des „Motivbündels“ in angeklagtenfreundlicher Weise angemessen Rechnung trägt.⁶ Wer dies anders sieht, müsste aus empirischem Anspruchsdenken folgerichtig bereits die forensische Rekonstruierbarkeit von Vorsatz in Frage stellen und würde damit das Spielfeld rationaler Reformgesetzgebung von vornherein verlassen.

Aber auch die Bedenken gegen die relative Unbestimmtheit der Motivgeneralklausel müssen den Gesetzgeber nicht zum Verzicht hierauf bewegen. Gewiss gibt es keine allumfassende und abschließende Definition der „Niedrigkeit“ von Tötungsbeweggründen. Die im Folgenden vorgestellten Referenzsysteme weisen ungeachtet ihrer unterschiedlichen Ausgangspunkte allesamt thematische Einzugsbereiche auf, die sich einer durchgängig trennscharfen Bewertung entziehen. Allerdings wäre es überzogen, allein aus diesem Befund die Notwendigkeit der ersatzlosen Streichung der Motivgeneralklausel herzuleiten. Bei realistischer Betrachtung

⁶ Ausführlich Votteler, Mordmerkmal, S. 230-232.

lässt sich jedenfalls ein Grundbestand an Beweggründen ausmachen, der nach sozialetischer Betrachtung namentlich unter Berücksichtigung einschlägiger rechtlicher Vorgaben als „niedrig“ ausgewiesen werden kann.⁷ Zudem liefern die tatbestandlich ausgeformten subjektiven Mordmerkmale – gleichsam als leitlinienartige Gedankenparallelen – hierfür weiterführende Anhaltspunkte.⁸ Und schließlich bleibt festzuhalten, dass es der höchstrichterlichen Rechtsprechung in mehr als 50 Jahren einschlägiger Spruchstätigkeit gelungen ist, die sperrige Komplexität der Motivgeneralklausel durch Bildung von Fallgruppen derart zu reduzieren, dass die Annahme der Niedrigkeit eines Tötungsbeweggrundes sowohl für die Normadressaten als auch für die Rechtsanwender in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise hinlänglich vorhersehbar ist.⁹

Vor diesem hier nur mit wenigen Strichen skizzierten Hintergrund wirft die Diskussion um die Zukunft der Motivgeneralklausel letztendlich die Frage auf, ob der Gesetzgeber bereit ist, den Preis relativer Tatbestandsunbestimmtheit im Interesse gesellschaftlich konsensfähiger gerechter Bestrafung besonders gravierender Tötungsverbrechen zu entrichten, oder aber ob er sich in Verfolgung einer eher doktrinär anmutenden Sichtweise dazu versteht, eine puristische Lösung unter Inkaufnahme der sich sodann abzeichnenden manifesten Einzelfallungerechtigkeit zu wählen. Die folgenden Ausführungen mögen den Weg zwischen Skylla und Charybdis und das dabei vorzugswürdige „kleinere“ Übel in Gestalt einer durch weitere subjektive Mordmerkmale konturierten Motivgeneralklausel anschaulich machen.

III. Ansätze zur Konkretisierung der Motivgeneralklausel

1. Herangehensweise der Rechtsprechung

a: Ausgangslage

Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung gelten als „niedrig“ im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB solche Beweggründe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verachtenswert sind.¹⁰ Maßgeblich ist insoweit eine Gesamtwürdigung, in welche die Umstände der Tat, ihre Vorgeschichte, die Lebensver-

⁷ Siehe dazu Votteler, Mordmerkmal, S. 266-271.

⁸ MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 85; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 33 f.; Votteler, Mordmerkmal, S. 260.

⁹ BVerfGE 54, 112. Zu den Fallgruppen siehe Fischer § 211 Rn 22 ff.; MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 85 ff.; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 27 ff.

¹⁰ BGHSt 2, 60, 63; BGHSt 3, 132, 133; BGHSt 35, 116, 126 f.; BGH StV 1994, 182; BGH NStZ 2004, 34; 2006, 284, 285; BGH NStZ-RR 2006, 140; BGH NStZ 2009, 568; BGH NStZ 2009, 210; 211, 35. Dem Bundesgerichtshof folgen Fischer § 211 Rn 14 a; Lackner/Kühl, § 211 Rn 5; LK/Jähnke § 211 Rn 24; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 18; Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1 § 2 Rn 37; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 95. Kritisch hingegen v. Gerkan, Niedrige Beweggründe, S. 43 f.; Wolf, FS Schreiber, S. 519 (526 ff.); Mitsch JuS 1996, 121 (125) und NK/Neumann Rn 2 f.

hältnisse des Täters sowie dessen Persönlichkeit einzustellen sind.¹¹ Zusätzlich verlangt der Bundesgerichtshof, dass der Täter die Modalitäten, die den Impuls zum Handeln als besonders verwerflich erscheinen lassen, erfasst und in ihrer Bedeutung für die Bewertung der Tat erkennt.¹² Mit dieser Wendung wird die Bewusstseinslage des Täters im Tatzeitpunkt umschrieben. Spielen gefühlsmäßige und triebhafte Regungen eine Rolle, kann ihm die Niedrigkeit des Vorgehens nur dann vorgeworfen werden, wenn er in der Lage war, die Antriebe gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern.¹³

Auf der Grundlage der Verwerflichkeitsformel macht der Bundesgerichtshof zur Bestimmung der Niedrigkeit der Tatmotivation verschiedene sozialetisch rückgekoppelte Wertungskriterien fruchtbar, die in dieser Form auch im strafrechtlichen Schrifttum anzutreffen sind. So soll beispielsweise ungehemmte Eigensucht oder eine allein an den eigenen Bedürfnissen ausgerichtete besonders krasse Rücksichtslosigkeit geeignet sein, ein tatbestandlich nicht gesondert ausgewiesenes Tötungsmotiv zum Mord zu stilisieren.¹⁴ Darüber hinaus soll die Annahme eines sonstigen niedrigen Beweggrundes nahe liegen, wenn die Tötung in einem eklatanten Missverhältnis zum Tatanlass steht.¹⁵ Schließlich recurriert der Bundesgerichtshof auf die Motivgeneralklausel, sofern der Täter dem Opfer den personalen Eigenwert abspricht, etwa indem er es ohne konkreten äußeren Anlass tötet.¹⁶

Stehen normalpsychologische Motivlagen wie Wut, Zorn, Eifersucht, Hass oder Rache in Rede, bejaht der Bundesgerichtshof die Niedrigkeit des Tatantriebs nicht ohne weiteres. Da solchen ambivalenten Gefühlsregungen jedermann je nach Anlass mehr oder weniger stark erliegen kann, tragen derartige Motive nur dann den Stempel des Höchstverwerflichen, wenn sie ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen.¹⁷ Demgemäß sind beispielsweise Wut

¹¹ BGH StV 1981, 399, 400; BGH StV 1983, 503, 504; BGH NStZ 1984, 261; BGHSt 35, 116, 127; BGH NStZ 2006, 284, 285; BGH NStZ-RR 2006, 340, 341; BGH NStZ 2007, 273, 275; BGH NStZ-RR 2008, 308; BGH NStZ 2009, 568; BGH NStZ 2009, 210; BGH NStZ 2011, 35. S. auch Fischer 15; Lackner/Kühl Rn 5; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 18; Rengier BT II § 4 Rn 16; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 95. Skeptisch gegenüber dem dadurch (angeblich) vermittelten Erkenntnisgewinn Mitsch JuS 1996, 121, 125.

¹² BGH NStZ 1981, 100, 101; BGH NStZ 1989, 363; BGH v. 10. 9. 2003 – 5 StR 373/03, NStZ-RR 2004, 44; BGH NStZ 2004, 620, 621; BGH NStZ-RR 2006, 234; BGH NStZ 2008, 29; Heine JR 1990, 299; Trück NStZ 2004, 497 f.; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 45; Fischer § 211 Rn 16; LK/Jähnke § 211 Rn 33 f.; NK/Neumann § 211 Rn 45; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 100.

¹³ BGH NStZ 1981, 100, 101; BGH NStZ 1991, 182, 183; BGH NStZ 2004, 34; BGH NStZ 2008, 29; BGH NStZ 2009, 568, 569. Kritisch hierzu v. Gerkan, Niedrige Beweggründe, S. 109–111; Trück NStZ 2004, 497, 498 f.; LK/Jähnke § 211 Rn 35 f.; NK/Neumann § 211 Rn 45.

¹⁴ BGHSt 3, 132, 133; BGH NJW 1981, 1382; BGH NStZ 1984, 261; BGH NStZ 1993, 182, 183; BGH NStZ 2009, 210; BGH NStZ-RR 2008, 308.

¹⁵ BGHSt 28, 210, 212; BGH NStZ 1995, 181, 182; BGH NStZ 1994, 34; Müssig, Mord, S. 282–288; Fischer § 211 Rn 18; v. Heintschel-Heinegg/Eschelbach § 211 Rn 29; SK/Horn Rn 15; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 22; Schroeder JuS 1984, 275 (277 f.); BGH StV 1983, 503, 504; BGH NJW 1981, 1382; Heine S. 206–208, 238–241; LK/Jähnke § 211 Rn 24; NK/Neumann § 211 Rn 27, 29.

¹⁶ BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 19; BGH NStZ 2002, 84, 85. Eingehend hierzu Müssig, FS Dahs, S. 117, 125 f.

¹⁷ BGH NStZ 1984, 261; BGH NStZ 1985, 216; BGH NStZ 2004, 34; BGH NStZ-RR 2006, 140; BGH NStZ-RR 2006, 340, 341; BGH NStZ 2008, 273, 275; BGH NStZ 2009, 568; BGH NStZ 2011, 35; BGH NStZ-RR 2011, 7, 8; Fischer § 211 Rn 19; v. Heintschel/Heinegg/Eschelbach § 211 Rn 33; LK/Jähnke § 211 Rn 29, NK/Neumann § 211 Rn 27; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 18; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 24.

oder Verärgerung als niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 einzustufen, wenn sie unter Berücksichtigung der Beziehung zwischen Täter und Opfer eines beachtlichen Grundes entbehren. Maßgebend sind vor allem normative Deutungsmuster, anhand derer zu entscheiden ist, ob die Tat aus der Situation heraus noch begreiflich und daher nicht höchststrafwürdig ist oder aber ob sie einer sozial inakzeptablen, generell defizitären Disposition des Täters entspringt.¹⁸ So liegt es beispielsweise, wenn der Täter eine von ihm begehrte Frau, zu der er keinen näheren Kontakt hat, allein deswegen umbringt, weil diese ihn zurückgewiesen hat.¹⁹ Erscheint die zornes- oder hassbedingte Erregung demgegenüber menschlich verständlich, etwa weil das Opfer durch sein Vorverhalten dem Täter begreiflichen Anlass zu der in Wut umschlagenden Enttäuschung gegeben hat,²⁰ darf eine solchermaßen motivierte Tötung grundsätzlich nicht als niedrig klassifiziert werden.

b: Zur Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Ausdeutung der Motivgeneralklausel sieht sich massiver Kritik ausgesetzt. Die vor allem gegen die mangelnde Normbestimmtheit dieses Ansatzes gerichteten Einwände thematisieren einerseits den vom Bundesgerichtshof befürworteten verwerflichkeitsorientierten Rückgriff auf die Sozialethik. Die Kritiker erblicken darin einen sachlich unausgewiesenen, da inhaltlich nicht hinreichend konkret fassbaren Maßstab.²¹ Darüber hinaus wird vorgebracht, dass die vom Bundesgerichtshof eingeforderte mordmerkmalsspezifische Gesamtbetrachtung von Tat und Täter die Bestimmtheit der Norm unterminiere.²²

Beide Einwände sind ernst zu nehmen. Sie legen offene Flanken der Motivgeneralklausel bloß; aber auch nicht mehr. Bei Lichte betrachtet erzwingen sie nicht die Preisgabe des verwerflichkeitszentrierten Zugriffs auf die Niedrigkeit von Tötungsbeweggründen. Allerdings geben sie – wie nachfolgend im Zuge der Erörterung literarischer Bemühungen um die Konkretisierung der Motivgeneralklausel auszuführen sein wird – Veranlassung, den höchstrichterlichen Ansatz dahingehend zu konkretisieren, dass die vom Täter motivational in Frage gestellten (verfassungs-) rechtlichen Grundentscheidungen des Gesetzgebers zu „Rich-

¹⁸ Müssig, Mord, S. 282-288; FS Dahs, S. 117, 122-126, 137-140; Schneider, FS Widmaier, S. 759, 764 ff.; Grünewald NSTZ 2010, 1, 6 f.; Fischer § 211 Rn 14a, 22 sowie SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 23; BGH NSTZ-RR 2006, 340, 341; BGH NSTZ-RR 2006, 234; Schneider a.a.O. S. 769 f, 772 f.

¹⁹ BGH BGHSt 3, 180, 183; Müssig, Mord, S. 282 f.

²⁰ Eingehend hierzu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 765 ff.; Weiterführend zu Fällen der Tötung des Intimparters aus Eifersucht und Wut BGH NSTZ 2004, 34; NSTZ-RR 2004, 234, 235; BGH NSTZ 2006, 288, 289; BGH NSTZ-RR 2006, 340, 342; BGH NSTZ-RR 2007, 14, 15; BGH NSTZ 2009, 568 f.; Fischer, § 211 Rn 28; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 34; Rengier BT II § 4 Rn 21.

²¹ Statt vieler Müssig, Mord, S. 95 f., 105 f.; Fahlbusch, Unhaltbarkeit, S. 129 f.; Grünewald, Tötungsdelikt, S. 95; Fischer § 211 Rn 15.

²² Siehe dazu vor allem Müssig, Mord, S. 96 f.; Heine, Niedrige Beweggründe, S. 60-63; Woesner NJW 1978, 1025, 1026; Rüping JZ 1979, 617, 620.

tig/Falsch; Gut/Böse“ normativ unhintergehbare Vorgaben zur Bestimmung der Niedrigkeit eines Tötungsmotivs darstellen. Erst wenn sich solche nicht auffinden lassen, kann ein direkter Zugriff auf die Sozialethik erfolgen. Allerdings darf diese – und das ist die allenthalben unterschätzte Botschaft der höchstrichterlichen Verwerflichkeitsrhetorik – nur dann zur Annahme eines niedrigen Tötungsbeweggrundes berechtigen, wenn sie gleichsam ein Evidenzerlebnis der (rechtlichen) Nichtigkeit des Tatmotivs vermittelt. Ausgehend hiervon bleibt Folgendes zu bemerken:

Es liegt auf der Hand, dass die höchstrichterliche Umschreibung niedriger Beweggründe in ihrem verwerflichkeitsorientierten Ausgangspunkt hochabstrakt und somit schwer handhabbar ist. Der darauf aufbauende Ansatz, die Motivgeneralklausel unter Rückgriff auf das außerrechtliche Bezugssystem der Sozialethik zu konkretisieren, ist rechtlich problematisch. Er zieht insbesondere deswegen Kritik auf sich, weil sich der Sozialethik gehaltvolle Hinweise zur sachgerechten Bewertung einzelner Tötungsmotive nur eingeschränkt ablauschen lassen. Freilich geht der Vorwurf, sie könne zur Verdeutlichung der Niedrigkeit von Beweggründen überhaupt nichts beitragen, zu weit. Der Sozialethik lassen sich zumindest einige allseits konsensfähige Grundaussagen entnehmen; diese können als Ansatz für die inhaltliche Ausformung der Motivgeneralklausel herangezogen werden. Beleg hierfür sind beispielsweise die subjektiven Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB. Sie sind in ihrer plakativ-basalen Form unbestreitbar allesamt Ausfluss der Sozialethik und können daher – wie an späterer Stelle verdeutlicht wird – als Referenzfiguren zur Präzisierung der Motivgeneralklausel beitragen.

Ebenso wenig spricht der Umstand, dass der Bundesgerichtshof die Bewertung von Tötungsbeweggründen in eine Gesamtbetrachtung der einzelfallrelevanten Umstände unter besonderer Berücksichtigung der Vorgeschichte der Tat und psychischer Besonderheiten des Täters einbettet, gegen die höchstrichterliche Handhabung der Motivgeneralklausel. Zwar leidet darunter die Vorhersehbarkeit der Entscheidungen der Tatgerichte sowie der Revisionsenate. Dadurch wird der Angeklagte jedoch in aller Regel kaum benachteiligt. Zumeist wirkt sich der Zugriff auf motivferne Sachverhaltselemente zu seinen Gunsten aus. Nicht selten relativieren Faktoren psychischer Provenienz die sich ansonsten recht deutlich abzeichnende Niedrigkeit eines Tatmotivs dergestalt, dass die solchermaßen „aufgeweichte“ Gesamtschau zu einer Verneinung der Motivgeneralklausel führt.²³

Anders verhält es sich hingegen in den Fällen normalpsychologischer Tatantriebe wie Wut, Zorn, Hass und Eifersucht. Bei der Beurteilung solcher Motivlagen kommt es maßgeblich auf

²³ Eingehend hierzu Votteler, Mordmerkmal, S. 227-232.

den Grund ihrer Entstehung an. Aufschlussreich und häufig ausschlaggebend sind Erkenntnisse aus der Täter-Opfer-Beziehung. Sie können die Annahme der Niedrigkeit des im ersten Zugriff ubiquitären Beweggrundes rechtfertigen, sofern festgestellt werden kann, dass die affektiv durchwirkten Antriebe des Täters auf einem nichtigen Anlass beruhen oder gar auf eigenes früheres Fehlverhalten zurückzuführen sind. Unter solchen Umständen ergeben sich aus der Gesamtbetrachtung tendenziell täterbelastende Folgen. Freilich hält die Rechtsprechung auf der „inneren“ Seite des Mordmerkmals mit dem genau auf solche Sachverhalte zugeschnittenen Instrument des sogenannten „Motivationsbeherrschungspotentials“ ein den Angeklagten effektiv entlastendes Korrektiv bereit.²⁴ Angesichts dessen erweist sich die von der Rechtsprechung zur Feststellung niedriger Beweggründe eingeforderte Gesamtbetrachtung der aussagekräftigen tat- und täterspezifischen Umstände als ein Postulat, das sich ungeachtet seiner die Normbestimmtheit tangierenden Momente in aller Regel nicht zum Nachteil des Angeklagten auswirkt. Pointiert: Nicht nur die forensische Praxis, sondern auch die Angeklagten können sich damit ganz gut arrangieren.

2. Herangehensweise des strafrechtlichen Schrifttums

a: Ausgangslage

Teile des Schrifttums haben den Versuch unternommen, die Niedrigkeit von Beweggründen auf ein einziges, allumfassendes Leitprinzip zurückzuführen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang vor allem die Bestimmung niedriger Motive in alleiniger Abhängigkeit von Mittel und Zweck. Maßgeblich für die Annahme eines höchststrafwürdigen Tatantriebes ist danach die Feststellung, dass der Täter eigene Interessen und Absichten um den Preis der Vernichtung eines Menschenlebens durchsetzt, obwohl keine akzeptable Relation zwischen dem Anlass der Tat und deren Folgen besteht, sondern nach sozialem ethischen Maßstäben ein unerträgliches Missverhältnis vorliegt.²⁵ In einer derart wertwidrigen Mittel-Zweck-Beziehung wird zudem ein Hinweis auf die soziale Gefährlichkeit des Täters erblickt.

Auf den letztgenannten Aspekt stellen auch diejenigen Autoren ab, die die solipsistische Rücksichtslosigkeit der Selbstverwirklichung zum tragenden Grundsatz der Motivgeneral-

²⁴ Eingehend hierzu MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 111, 115 ff.; Votteler, Mordmerkmal, S. 233-243.

²⁵ So insbesondere Fischer § 211 Rn 18; v. Heintschel-Heinegg/Eschelbach § 211 Rn. 29; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 22 f.; Otto Jura 1994, 141, 145; Mitsch JuS 1996, 121, 125; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 95 sowie Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1 § 2 Rn 37.

klausel erheben.²⁶ Danach verdient der Täter deswegen lebenslange Freiheitsstrafe, weil er nur das eigene Ich als das einzig Wirkliche gelten lässt und das Rechtsgut „Leben“ seinen partikulär-egozentrischen Interessen absolut unterordnet. Ob dies der Fall ist, soll mit Hilfe einer Vielzahl positiver beziehungsweise negativer Erklärungsmuster bestimmt werden. Faktoren, die für solipsistische Rücksichtslosigkeit sprechen, werden im Anstreben besonders rechtsfeindlicher Erfolge, im kalkulierenden Hinwegsetzen über Rechtswahrfunktionen des Staates sowie im krassen Missverhältnis zwischen Anlass der Tatmotivation im Vergleich zu dem Antrieb der Tötung erblickt.²⁷ Demgegenüber sollen provokations- und personalkonfliktgeprägte Affektlagen sowie schwere Persönlichkeitsstörungen und starke Herabsetzung der Fähigkeit zu sinnhafter Motivation der Annahme der solipsistisch geprägten Niedrigkeit eines Beweggrundes entgegenstehen.²⁸

Jähnke will die Niedrigkeit eines Beweggrundes mit Hilfe des Kriteriums der Missachtung des personalen Eigenwerts des Opfers festlegen. Aus den Grundentscheidungen der Verfassung zu Gunsten eines Menschenbildes personaler Würde und Toleranz leitet er den Anspruch eines jeden auf Achtung seines personalen Eigenwertes und auf Selbstentfaltung ab. Tötungsbeweggründe, die diesen Anspruch schlechthin negieren, sollen auf tiefster Stufe stehen, weil sie einen absoluten rechtlichen Unwert und deshalb die Merkmale des Mordes erfüllen.²⁹ Ausgehend hiervon erachtet Jähnke beispielsweise sämtliche politischen Tötungsmotive als niedrig, und zwar unbeschadet einer möglichen egoistischen oder altruistischen Ausrichtung.³⁰ Im privaten Bereich soll sich die Missachtung des personalen Eigenwertes des Opfers etwa in der gewaltsamen Durchsetzung absoluter Macht- und Besitzansprüche des Täters artikulieren.³¹

Schließlich findet sich ein überaus gehaltvoller Beitrag zur Ausdeutung der Motivgeneral-klausel in den grundlegenden Studien von Müssig und Grünwald zum Unrecht der Tötungsdelikte. Beide Autoren gelangen nach breit angelegten Untersuchungen zum Verhältnis

²⁶ Heine, Beweggründe, S. 210–226; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 18; Paeffgen GA 1982, 255, 269 f. Aufgeschlossen gegenüber diesem Ansatz Kelker, Legitimität, S. 609–613 sowie Schneider, FS Widmaier, S. 759, 764. Anklänge in dieser Richtung auch bei BGH NSTZ 1993, 182, 183. Kritisch hingegen Müssig, Mord, S. 291–295.

²⁷ Heine, Beweggründe, S. 238–247. Diese Position ist nicht gleichzusetzen mit der Mittel-Zweck-Relation, da sie lediglich Tatanlass und Tatziel bewertet, aber keine Relationen zum Erfolg anstellt.

²⁸ Heine, Beweggründe S. 255–275.

²⁹ LK/Jähnke § 211 Rn 26. Ihm folgt Mitsch JuS 1996, 121, 125. S. hierzu auch Müssig, FS Dahs, S. 117, 120 f. und BGH NSTZ-RR 1996, 98 f.

³⁰ LK/Jähnke § 211 Rn 27.

³¹ LK/Jähnke § 211 Rn 28. Darunter fasst Jähnke beispielsweise Tötungen der nach Selbstständigkeit strebenden Ehefrau durch den ein tyrannisches Regiment führenden Gatten. Weiterhin zählen hierzu Fälle, in denen der Täter die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers missachtet und es wegen Verweigerung der Aufnahme intimer Beziehungen tötet, damit es auch kein anderer „haben könne“. Schließlich sollen hierunter solche Sachverhalte fallen, in denen sich der Täter seines Partners wie eines lästigen Gegenstandes entledigt, um eine neue Liebesbeziehung aufnehmen oder ein schon bestehendes intimes Verhältnis ungestört fortführen zu können.

von Mord und Totschlag zu dem – durchaus nicht konsensfähigen – Ergebnis, dass sich ein auf Unrechtserwägungen basierender Qualifikationstatbestand des Mordes gegenüber dem Grunddelikt der vorsätzlichen Tötung prinzipiell nicht begründen lasse. Ausgehend hiervon schlagen sie de lege ferenda vor, als Mord jede einfache vorsätzliche Tötung anzusehen und als Totschlag allein solche Kapitalverbrechen einzustufen, zu denen das Opfer einen rechtlich bedeutsamen Tatbeitrag geleistet hat. Müssig konkretisiert den solchermaßen grob umrissenen Privilegierungstatbestand des Totschlags mithilfe allgemeiner Kriterien zur objektiven Zurechnung von Unrecht. Danach erscheint die Tötung rechtsgrundsätzlich in einem milderem Lichte, wenn nicht allein der Täter für die Tat zuständig ist, sondern auch das Opfer für den Kontext der Tat (Mit-)Verantwortung trägt.³² Sachlich vergleichbar will Grünewald die Annahme von Totschlag auf Fälle beschränken, in denen das Opfer dem Täter einen hinreichenden Anlass für die Tat geliefert hat. Rechtlich beachtlich sollen insoweit lediglich unrechtmindernde Tatbeiträge des Opfers sein. Neben der Einwilligung in die Tötung zählen hierzu vor allem Eingriffe in den rechtlich absolut geschützten Freiheitsbereich des Täters.³³ Dieses zukunftsorientierte Modell zur tatbestandlichen Abschichtung des Tötungsunrechts machen beide Autoren bereits de lege lata für die Auslegung der Motivgeneralklausel fruchtbar.³⁴ Unter Verzicht auf Überlegungen zur Verwerflichkeit von Tatmotiven bewerten sie einen Tötungsbeweggrund als „niedrig“, wenn der Täter die Tat mutwillig -gleichsam sine causa- verübt hat.³⁵ Darüber hinaus ist die Tötung höchststrafwürdig, sofern der Täter das Opfer aus „nichtigem“ Anlass umgebracht hat. Hierunter fallen sowohl rechtlich irrelevante Gründe - etwa Tatantriebe, die an Eigenschaften des Opfers anknüpfen und dessen Personalität in Frage stellen (Rassenhass, Ausländerfeindlichkeit)³⁶ - als auch solche im Kontext der Verfolgung deliktischer Zielsetzungen.³⁷

Es gilt hervorzuheben, dass der vorstehende Ansatz zur Bewertung von Tötungsantrieben vollständig auf individualpsychologische Verständniszugänge verzichtet. Er ist strikt normativ ausgerichtet und rückt das Opferverhalten in das Zentrum der Motivbetrachtung. Stellt sich das Vorgehen des Opfers im Vorfeld der Tötung als Verletzung eines fundamentalen Freiheitsrechts des Täters dar, so wird dadurch das Unrecht der daraufhin begangenen Tötung derart abgesenkt, dass die Tat bei gebotener Gesamtbetrachtung ihrer rechtlich relevanten

³² Müssig, Mord, S. 252 ff.; ders., FS Dahs, S. 117, 128-131.

³³ Grünewald, Tötungsdelikt, S. 228-321.

³⁴ Müssig, Mord, S. 281-299; Grünewald, Tötungsdelikt, S. 383-385.

³⁵ Müssig, Mord, S. 262-265; ders., FS Dahs, S. 117, 119 f.

³⁶ Müssig, Mord, S. 266; ders. FS Dahs, S. 117, 120 f..

³⁷ Müssig, Mord, S. 269-280; ders., FS Dahs, S. 117, 123 f.

Umstände grundsätzlich nicht als höchststrafwürdig erscheint.³⁸ Demgemäß unterfällt der Beweggrund einer reaktiven Tötung gemeinhin nicht der Motivgeneralklausel. Allerdings kann diese Grundaussage eingedenk des überragenden Stellenwerts des Rechtsguts „Leben“ allein für tatauflösende Rechtsgutsverletzungen von einiger Erheblichkeit Geltung beanspruchen. Opferseitig bewirkte Beleidigungen bagatellhaften Zuschnitts oder geringfügige Körperverletzungen des Täters vermögen eine rechtlich bedeutsame Minderung des Tötungsunrechts deswegen nicht zu begründen, weil derartige Tatanlässe ungeachtet ihrer (rechtspraktisch häufig ohnehin überzeichneten) individualpsychologischen Dimensionen nach rechtlichen Maßstäben als „nichtig“ eingestuft werden müssen.³⁹

b: Zur Kritik der literarischen Konkretisierungsansätze

Die vorgestellten Leitprinzipien weisen allesamt auf wichtige Gesichtspunkte zur Bestimmung der Niedrigkeit eines Tötungsantriebs hin.⁴⁰ Die Rechtsprechung greift hierauf von Fall zu Fall zurück. Angesichts der Mannigfaltigkeit von Tatanlässen und Antrieben ist es allerdings zweifelhaft, ob die benannten Kriterien jeweils für sich betrachtet die Motivgeneralklausel vollständig ausfüllen können. Darüber hinaus enthalten sämtliche Ansätze ausfüllungsbedürftige Wertungselemente;⁴¹ sie stehen einer globalen Aussage entgegen. So erscheint insbesondere das Begründungspotential der Mittel-Zweck-Relation ohne Benennung eines rechtlichen Anknüpfungspunktes äußerst schmal. Gewiss deutet die Banalität eines Tatanlasses oder die Trivialität der verfolgten Motivation auf eine besonders wertwidrige Verkenning des Rangverhältnisses zwischen „Leben“ und „Allerweltsinteressen“ hin. Eine Feinabstimmung vermag sie indessen nicht zu leisten.⁴² Ihr argumentativer Wert liegt vor allem in der Beurteilung solcher Tatantriebe, die den gesetzlich aufgeführten Mordmerkmalen nahe stehen.

Richtet man den Blick auf die übrigen Erklärungsmuster, so zeigen sich ebenfalls Stärken und Schwächen. Positiv zu vermerken ist, dass sowohl der solipsistische Ansatz als auch die Formel von der Negation des personalen Eigenwerts des Opfers Sachverhalte erfassen, in denen sich der Täter bewusst über kollektive Interessen und Anforderungen hinwegsetzt: Fälle der Selbst- und Lynchjustiz sind naturgemäß ebenso Mord aus niedrigen Beweggrün-

³⁸ Grünewald, Tötungsdelikt, S. 228 f.; 232-234.

³⁹ Grünewald, Tötungsdelikt, S. 234-237.

⁴⁰ Siehe dazu Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 26.

⁴¹ Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 26; A/W-Hilgendorf BT § 2 Rn 73 und v. Gerkan, Niedrige Beweggründe, S. 61 f. (speziell zur Position von Heine).

⁴² BGH StV 1983, 503, 504; Heine S. 204–208, 238–241; v. Gerkan (Fn 15) S. 44–46.; NK/Neumann § 211 Rn 29.

den wie rassistisch oder ausländerfeindlich motivierte Tötungen eines Menschen jenseits konkreter personaler Konflikte.⁴³ Allerdings ist fraglich, ob derartige Tatantriebe tatsächlich zutreffend mit den vorgenannten Leitprinzipien gekennzeichnet sind. Bei Lichte betrachtet geht es insoweit eher um die besonders sozialgefährliche kategoriale Missachtung von Konstitutionsprinzipien eines rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens denn um die egoistische Verdinglichung des Tatopfers.⁴⁴ Darüber hinaus wirken diese Konkretisierungen der Motivgeneralklausel bei Tötungen im privaten Bereich zuweilen etwas gequält. Zwar passen die Argumentationsmuster auf Fälle, in denen der Täter tötet, um Regungen der Selbstständigkeit von Familienangehörigen aus rein egoistischen Machtansprüchen zu unterdrücken. Auch Ehrenmorde können hiermit adäquat erfasst werden. Jedoch erscheint es beispielsweise überhöht, die mordspezifische Verneinung des personalen Eigenwertes des Opfers im Bereich privater Tötungen etwa davon abhängig machen zu wollen, ob der aus Wut agierende Täter vom Opfer zuvor provoziert oder sonst zur Tat herausgefordert worden ist. Diese Kritik kann freilich den weiterführenden Ertrag der „Objekt-Formel“ zur Bestimmung der Niedrigkeit eines Tötungsantriebs kaum schmälern.

Letztendlich können auch die von Müssig und Grünewald entwickelten Zuständigkeitsmodelle nicht restlos überzeugen, weil sie für ein zweistufiges Konzept der Tötungsdelikte entwickelt wurden. In einem solchen reicht für die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag der Nachweis aus, dass Gründe für eine privilegierte Behandlung der Tat nicht vorliegen. Ausgehend hiervon können opferzentrierte Unrechtserwägungen dartun, weshalb ein Tötungsmotiv das Kapitalverbrechen im Lichte des gesamten Tatkontextes nicht als Mord ausweist. In einem dreistufigen Konzept ist dieser Argumentationsmodus indessen nicht geeignet, die Niedrigkeit eines Tötungsgrundes im Sinne eines den Totschlag zum Mord qualifizierenden Tatbestandsmerkmals zu begründen. Dazu bedarf es vielmehr zusätzlicher Argumente, die den Grund für die Strafschärfung positiv erkennen lassen.⁴⁵ Allerdings steuern die Zurechnungsmodelle hierfür wichtige Erkenntnisse bei. Ihr weiterführender Ertrag besteht in der strikten Ausrichtung der Motivbewertung an Rechtskriterien. Diese normative Herangehensweise ist mit der sozialetisch fundierten gängigen Motivbeurteilung insoweit vereinbar, als zumindest fundamentale Rechtsregeln geronnene Sozialetik sind und deshalb bei Bestimmung der Wertigkeit von Tötungsantrieben vorrangig Beachtung verdienen. Mehr noch: Sie bilden gegenüber freihändigen verwerflichkeitsspezifischen Psycho-Erwägungen eine un-

⁴³ LK/Jähnke § 211 Rn 26 f.; Heine, Beweggründe, S. 242 f. Demgegenüber hält der Bundesgerichtshof Tötungen aus dem Motiv der Selbstjustiz nicht durchgängig für niedrig. S. hierzu BGH StV 1994, 182 sowie BGH StV 1998, 130, 131. In keiner der beiden Entscheidungen finden sich Gründe für diese relativierende Sichtweise.

⁴⁴ Ähnlich Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 26.

⁴⁵ Ähnlich Votteler, Mordmerkmal, S. 253 f., 255 f.

übersteigbare Hürde dergestalt, dass ihre Verletzung die Niedrigkeit des der Tat zugrunde liegenden Tötungsbeweggrundes ohne Rücksicht auf die allein schuldrelevante innere Befindlichkeit des Täters ausweist.⁴⁶ Die damit einhergehende Rückbesinnung auf regelgeleitete Rechtsanwendung macht beispielsweise anschaulich, weshalb rachemotivierte Tötungen in Bestrafungsabsicht als Akte der Selbstjustiz oder Tötungsverbrechen aus notwehrinduzierter Wut nahezu durchgängig der Motivgeneralklausel unterfallen.⁴⁷ Andererseits sind die im Kontext der Motivbewertung berücksichtigungsbedürftigen Rechtsregeln und Zurechnungsprinzipien zuweilen derart abstrakt und komplex, dass sich daraus verlässliche Aussagen über die Einstufung von Tatantrieben nicht ohne weiteres herleiten lassen. Verwiesen sei insoweit allein auf die Kontroverse zwischen Müssig und Grünewald über die Beurteilung des Tatmotivs der Wut aufgrund angekündigter oder vollzogener Trennung vom Ehepartner.⁴⁸

3. Zwischenergebnis

Die Beschäftigung mit den in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Ansätzen zur inhaltlichen Konkretisierung der Motivgeneralklausel fördert zwei für den Reformgesetzgeber wesentliche Erkenntnisse zu Tage:

-- Verfolgt man im Interesse des Postulats gerechten Strafens das Ziel, mit der Motivgeneralklausel die Palette niedriger Beweggründe möglichst vollumfänglich zu erschließen – und gerade darin besteht die Funktion solcher „Großregler“ – so erweisen sich monokausale Modelle für die Bestimmung tauglicher Kandidaten höchststrafwürdiger Tötungsmotive als unzulänglich. In Folge ihrer Beschränkung auf ein einziges Grundprinzip können derartige Konzeptionen naturgemäß nicht die gesamte Bandbreite einschlägiger Tötungsbeweggründe frei von Friktionen erfassen. Angesichts dessen sollte der Gesetzgeber keines von ihnen zum einzig maßgeblichen Leitprinzip seines Reformvorhabens erheben. Gleichwohl liefern diese Ansätze jeweils weiterführende Argumentationsfiguren zur sachgerechten Ausdeutung der Motivgeneralklausel. Sie sollten – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – zur Umschreibung weiterer im Gesetz gesondert zu verankernder niedriger Beweggründe herangezogen werden.

-- Der verwerflichkeitsorientierte Zugriff der Rechtsprechung auf die Motivgeneralklausel weist die vorstehend skizzierten Schwächen monokausaler Begründungsmodelle nicht auf. Im Gegenteil: Durch die Kombination verschiedener Erklärungsansätze für die Bestimmung der Niedrigkeit eines Tötungsbeweggrundes erarbeitet sich die Rechtsprechung genau die-

⁴⁶ Siehe dazu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 769 f.

⁴⁷ Eingehend Schneider, FS Widmaier, S. 759, 769-778.

⁴⁸ Siehe dazu Grünewald, Tötungsdelikt, S. 243-261; Müssig, Mord, S. 327-338.

jenige Flexibilität, die zur sachgerechten Reaktion auf „neue“, im Gesetz nicht aufgeführte Tatmotive benötigt wird. Allerdings droht sie zuweilen ob der durchaus unterentwickelten Präzision dieser „Technik“ ins Beliebiges abzurutschen. Um dies zu verhindern, müssen die Konturen der Motivgeneralklausel schärfer ausgearbeitet werden. Das Mittel der Wahl ist die Anreicherung des Arsenal der im Gesetz aufgeführten subjektiven Mordmerkmale.

IV. Vorschläge zur Modernisierung der Motivgeneralklausel

Die Motivgeneralklausel ist ein unverzichtbarer Bestandteil des Systems subjektiver Mordmerkmale. Sie kann vor allem aus rechtspraktischer Perspektive nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehen. Freilich muss dieser darauf Bedacht nehmen, das Auffangfunktion erfüllende Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe handhabbarer zu machen. Eine Möglichkeit der Präzisierung des Gesetzes besteht in der Kreation weiterer subjektiver Mordmerkmale. Kann man sich auf die Einstellung zusätzlicher höchststrafwürdiger Tötungsbeweggründe in den Tatbestand des Mordes verständigen, werden diese die Motivgeneralklausel entlasten. Darüber hinaus werden sie – gleichsam im Wechselspiel – zu ihrer Konturierung beitragen. Subjektive Mordmerkmale tragen schon heute zur Konkretisierung der Motivgeneralklausel bei. Zum Beleg dieser Aussage kann auf die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu mordmerkmalsnahen Tatantrieben verwiesen werden.

1. Die bisherige Bewertung mordmerkmalsähnlicher niedriger Beweggründe

Nach weitgehend geteilter Ansicht sind die im Gesetz gesondert aufgeführten subjektiven Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB allesamt Ausformungen eines niedrigen Beweggrundes im Sinne der Motivgeneralklausel.⁴⁹ Diese Erkenntnis macht sich der Bundesgerichtshof zu Nutze, wenn es um die Beurteilung mordmerkmalsähnlicher Tötungsantriebe geht. Deren Einordnung ist weitestgehend unproblematisch, sofern es sich um Beweggründe handelt, die bei wertend-vergleichender Betrachtung den tatbestandlich ausgestanzten subjektiven Mordmerkmalen derart ähneln, dass im Ergebnis eine Gleichstellung mit ihnen über die Motivgeneralklausel angezeigt ist. Zur Verdeutlichung:

a: Evidenzfälle

Es ist unbestritten, dass eine zur sexuellen Erregung begangene Tötung dem Mordmerkmal der Befriedigung des Geschlechtstriebes entspricht und daher als unbenannter niedriger

⁴⁹ BGHSt 3, 132, 133; Fischer § 211 Rn 6; MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 48; NK/Neumann § 211 Rn 6; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 9.

Beweggrund lebenslange Freiheitsstrafe verdient.⁵⁰ Weiterhin sind todbringende strafvereitelnde Selbstbegünstigungshandlungen auch dann als Mord zu bewerten, wenn sie nicht mehr der Verdeckung einer bereits aufgeklärten Straftat, sondern allein der Fluchtermöglichkeit – etwa durch Freischießen des Weges – oder der Vereitelung einer drohenden Festnahme dienen.⁵¹ Ebenso ist zu entscheiden, sofern der Angeklagte einen Belastungszeugen tötet, um so die Beweislage in der bevorstehenden strafgerichtlichen Hauptverhandlung zu seinen Gunsten zu verbessern.⁵² Derartige Vorgehensweisen dienen nicht der Verdeckung der angeklagten Tat; sie stehen der strafvereitelnden Verdeckungsabsicht bei wertender Betrachtung jedoch gleich, weil sie darauf gerichtet sind, sich der Verantwortung für begangenes Unrecht durch Tötung Dritter zu entziehen. Dieser Umstand rechtfertigt die Einstufung des Tatmotivs als niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB.⁵³ Schließlich sind Tötungen, die zur Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit vorgenommen werden, in Relation zum herkömmlichen Verdeckungsmord als niedrig zu klassifizieren.⁵⁴ Wertungsmäßig gleich liegen Fälle, in denen die Tötung erfolgt, um ein rechtlich belangloses, jedoch moralisch anstößiges Verhalten zu kaschieren, dessen Bekanntwerden die soziale Wertschätzung des Täters negativ beeinflussen könnte. Eine solchermaßen motivierte Handlung muss im Vergleich zur menschlich ansatzweise begreiflichen, jedoch aus übergeordneten gesellschaftlichen Gründen generell tabuisierten strafvereitelnden Selbstbegünstigung grundsätzlich als Mord als niedrigem Beweggrund angesehen werden.⁵⁵

b: Mutwillige Tötungen

Niedrig sind nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung weiterhin Beweggründe, die eine Nähe zum Mordmerkmal der Mordlust aufweisen. Angesprochen sind vor allem in-

⁵⁰ AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 37; LK/Jähnke § 211 Rn 7, 25; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 16; Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1 § 2 Rn 32, 37.

⁵¹ BGH MDR b. Dallinger 1971, 722; BGH GA 1979, 108; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 37; Fischer § 211 Rn 22; LK/Jähnke § 211 Rn 25; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 19; Rengier BT II § 4 Rn 19. Kritisch NK/Neumann § 211 Rn 37.

⁵² BGH BGHR StGB Abs. 2 Verdeckungsabsicht 6.

⁵³ Aufgrund dessen sind auch Selbstbegünstigungshandlungen, die – wie etwa das Niederschießen eines Vollzugsbediensteten zum Zwecke des Ausbruchs aus einer Justizvollzugsanstalt – auf Strafvollstreckungsvereitelung abzielen, der Motivgeneral Klausel zu unterstellen. Vgl. dazu weiterführend BGH BGHR StGB § 211 Abs. 2 Beweggründe niedrige 3. Abweichend NK/Neumann § 211 Rn 37, der hierin nicht ohne weiteres eine Instrumentalisierung eines Menschenlebens zu egoistischen Zwecken zu erkennen vermag, weil es dem Täter nicht auf den Tod der Opfer zur Zielerreichung ankommt. Diese Argumentation bleibt ganz und gar dunkel.

⁵⁴ BGHSt 28, 93, 94; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 37; Fischer § 211 Rn 22; LK/Jähnke § 211 Rn 25.; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 28.

⁵⁵ BGHSt 35, 116, 121 f.; BGH NStZ 1997, 81; BGH NStZ-RR 1999, 234 f.; BGH NStZ 2003, 146, 147; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 37; Fischer § 211 Rn 22; Lackner/Kühl Rn 5a; LK/Jähnke § 211 Rn 25; Otto Jura 1994, 141, 151; Rengier BT II § 4 Rn 19; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 96. Kritisch NK/Neumann § 211 Rn 38 unter Hinweis auf die Notstandsnähe derartiger Taten. Nachgerade dieser Aspekt kann jedoch – wie das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht anschaulich macht – im Kontext der sozialetischen Bewertung der Tatmotivation keine ausschlaggebende Rolle spielen, weil der Täter die als bedrängend empfundene Situation selbst herbeigeführt hat. Verhält es sich so, kann eingedenk seines „Vorverschuldens“ (vgl. dazu §§ 35 Abs. 1 S. 2 sowie 213 1. Alt.) von Notstandsnähe wertungsmäßig keine Rede sein.

konnexe Tötungen. Diese lassen sich in Anlehnung an eine Formulierung in § 100 Abs. 2 Nr. 4 AE (1970) anschaulich mit dem Begriff „mutwillig“ kennzeichnen. Zur Verdeutlichung sollte diese Fallgruppe im Gesetz neben der Mordlust unter Verwendung des vorgenannten Terminus gesondert aufgeführt werden. Sie erfasst – dies sei ausdrücklich hervorgehoben – neben inkonnexen auch grundlose Tötungsverbrechen. Danach handelt höchststrafwürdig, wer einen anderen ohne konkreten Anlass willkürlich tötet. Täter, die in dem Bewusstsein agieren, keinen Grund für eine vorsätzliche Lebensvernichtung haben zu müssen, lassen eine innere Einstellung erkennen, die hochgradig gemeinschaftsbedrohlich und daher tragfähiger Anknüpfungspunkt für eine verschärfte strafrechtliche Reaktion ist.⁵⁶ Weiterhin hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass das bewusste Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen an einem Opfer, das mit der Entstehung der Unzufriedenheit und Angespanntheit des Täters weder personell noch tatsituativ etwas zu tun hat, auf das Vorliegen niedriger Umstände schließen lässt.⁵⁷ Derjenige, der einen anderen Menschen zum Objekt seiner Wut, Gereiztheit, Enttäuschung oder Verbitterung macht, obschon dieser an der Entstehung solcher Stimmungen nicht den geringsten Anteil hat, bringt mit der Tat eine Gesinnung zum Ausdruck, die Lust an körperlicher Misshandlung zum Inhalt hat. Nachgerade der Aspekt der willkürlichen Opferauswahl rechtfertigt die Einstufung solcher Tötungsakte als Mord; denn eine derartige Degradierung des Opfers zum bloßen Objekt belegt die totale Missachtung des Anspruchs eines jeden Menschen auf Anerkennung seines personalen Eigenwerts.⁵⁸

Ausgehend hiervon lassen sich im Wege einer argumentativen Transferleistung zahlreiche Fälle wertungssicher der Motivgeneralklausel subsumieren. Hierunter fallen beispielsweise die jüngst gehäuft zu verzeichnenden mutwilligen Gewalttaten zumeist jugendlicher oder heranwachsender Täter in U- und S-Bahnhöfen. Wer ohne jeden Anlass allein aus Gründen der Triebabfuhr oder auch völlig grundlos mutwillig auf beliebige Fahrgäste mit Tötungsvorsatz einsticht oder eintritt, handelt aus einer Motivation heraus, die sozialetisch auf tiefster Stufe steht und daher als „niedrig“ im Sinne der Motivgeneralklausel eingestuft werden muss. Allerdings erfasst der Aspekt der Inkonnexität nicht nur die grundlose Tötung Unbeteiligter zur Abfuhr aufgestauter Aggressionen. Höchst verwerflich ist beispielsweise auch die Tötung

⁵⁶ BGH NSTz 2002, 84, 85; BGH NSTz-RR 2004, 332, 333; BGH NSTz-RR 2005, 309, 310; Müssig, FS Dahs, S. 117, 119; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rn 40; Fischer § 211 Rn 18, 26; Lackner/Kühl § 211 Rn 5a; LK/Jähnke § 211 Rn 25, 27; Rengier BT II § 4 Rn 18. Ablehnend NK/Neumann § 211 Rn 42 und Saliger StV 2003, 38, 39–41). Freilich dürfen die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht dahingehend verstanden werden, dass das bloße Fehlen eines Grundes die Niedrigkeit der Tat fundiert; niedrig ist vielmehr die Wertung des Täters, zum Töten keinen Grund haben zu müssen. Klarstellend in diesem Sinne BGH NSTz 2006, 166, 167 sowie vor allem Fischer Rn 18; D. Lange, Tötung, S. 137-139 und Rengier BT II § 4 Rn 18. Ausgehend hiervon zielt die von Neumann und Saliger geäußerte Kritik ins Leere.

⁵⁷ BGH NSTz 1981, 100 f.; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 19; Lackner/Kühl § 211 Rn 5a; LK/Jähnke § 211 Rn 29; NK/Neumann § 211 Rn 42; Rengier BT II § 4 Rn 18.

⁵⁸ BGH NSTz 2002, 84, 85; BGH NSTz-RR 2004, 332, 333.

eines anderen als „Ersatzopfer“, weil der Täter den originären Auslöser seiner Missstimmung nicht erreichen kann.⁵⁹ Gleichmaßen liegt es, wenn der Täter tötet, um Dritten zu imponieren.⁶⁰ Weiterhin liegt Mord vor, wenn er aus bloßer Gefälligkeit gegenüber dem Initiator der Tat einen Auftragsmord an einem ihm unbekanntem Opfer begeht.⁶¹ Hochgradig verwerflich ist zudem die Tötung eines in Obdachlosenkreisen verkehrenden Opfers allein deswegen, weil der Täter eine derartige Lebensweise missbilligt.⁶² Schließlich beruht die Vernichtung eines anderen, um an dessen Stelle für tot zu gelten und unter falscher Identität ein neues Leben beginnen zu können, auf niedrigen Antrieben.⁶³ Gemeinsam ist den vorgenannten Fällen die Inkonnexität der Tötung von Zufallsopfern in Relation zu den Motiven des Täters. Die vom Täter in seinen Motivationsprozess aufgenommene kategoriale Wertverfehlung derartiger Willkürakte rechtfertigt ohne weiteres deren Stigmatisierung als Mord. Auf der anderen Seite verdeutlicht das Prinzip der Inkonnexität, dass eine vom Opfer provozierte oder sonst angestoßene Tötung gemeinhin grundsätzlich nicht als niedrig zu klassifizieren ist.⁶⁴ Bringt jemand beispielsweise einen „Trittbrettfahrer“ um, weil dieser mit der publikumswirksamen Offenbarung eines strafbaren oder moralisch anstößigen Verhaltens des Täters gedroht hat, so kann von einer mordtypischen willkürlichen Opferauswahl keine Rede sein.⁶⁵ Ebenso zu beurteilen ist der Sachverhalt, in dem ein verheirateter Täter einen unachgiebigen Ehestörer zur Wahrung seiner intakten Ehe tötet. In beiden Fällen spricht das Vorverhalten des Opfers gegen die Verwirklichung des Mordmerkmals. Reaktive Taten erscheinen im Lichte des sozialetisch verankerten Veranlassergedankens gemeinhin nicht als höchststrafwürdig, weil das Opfer durch sein tatauflösendes Vorgehen im Vorfeld der Tötung zur Eskalation des Geschehens beigetragen hat. Allerdings erfährt dieser den Täter entlastende Grundsatz eine Durchbrechung, sofern sich die Tat des „Herausgeforderten“ nicht mehr als angemessene Reaktion auf die vorangegangene Provokation begreiflich machen lässt.⁶⁶ Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss daher vor allem der Beweggrund der Wut über eine vorangegangene Beleidigung als „niedrig“ im Sinne der Motivgeneralklausel eingestuft werden; denn in derartigen Fällen besteht ungeachtet der die Tat auslösenden Provokation in aller Regel ein eklatantes unerträgliches Missverhältnis

⁵⁹ BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 19.

⁶⁰ BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 27.

⁶¹ BGHSt 50, 1, 8.

⁶² BGH NStZ 1993, 182, 183.

⁶³ BGH NStZ 1985, 454.

⁶⁴ BGHSt 28, 210, 212; BGH NStZ 2006, 284, 285; Fischer § 211 Rn 20; LK/Jähnke § 211 Rn 29 f.; NK/Neumann § 211 Rn 28; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn 20, 27; Heine, Beweggründe, S. 264–274 sowie Müssig, Mord, S. 245 ff., 308 ff.; ders., FS Dahs, S. 117, 125 f., 137–139.

⁶⁵ Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 19. In BGH NStZ 1997, 81 übergeht der 2. Strafsenat diesen Aspekt im Rahmen der Motivbewertung. Zutreffende Kritik übt insoweit Walter NStZ 1998, 36, 37 f.

⁶⁶ BGH NStZ 2006, 284, 285; NK/Neumann § 211 Rn 28. Siehe hierzu auch Müssig, Mord, S. 317 f., der zur Rechtfertigung dieser Restriktion auf die Prinzipien sozialetischer Notwehrbeschränkungen verweist.

zwischen Tatanlass und Tötung.⁶⁷ Pointiert: Ehrpusselige Nicklichkeiten sind nach den sozia-
lethischen Maßstäben der bundesdeutschen Gesellschaft prinzipiell kein nachvollziehbarer
Grund für das Auslösen eines Menschenlebens.⁶⁸ Diese sozialetisch wohlfundierte Rela-
tivierung des Veranlassergedankens durch übergeordnete Verhältnismäßigkeitserwägungen
hat rechtspraktisch weitreichende Auswirkungen. Sie führt beispielsweise dazu, dass wut-
entbrannte Tötungen zur Sanktionierung des in türkischen sowie arabischen Kreisen offen-
bar weit verbreiteten „Mutterfluchs“ letztendlich auf einem niedrigen Beweggrund beruhen.

2. Neue subjektive Mordmerkmale zur weiteren Konkretisierung der Motivgeneralklausel
Ausgehend von der Erkenntnis, dass die im Gesetz ausgeformten subjektiven Mordmerkma-
le einen wichtigen Beitrag zur Entlastung und Konkretisierung der Motivgeneralklausel leis-
ten, bleibt zu klären, ob vor diesem Hintergrund weitere Tatantriebe in die Vorschrift des
§ 211 Abs. 2 StGB eingestellt werden sollen. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der
Konsensfähigkeit der in Erwägung gezogenen Beweggründe als taugliche Kandidaten einer
durchgängig höchststrafwürdigen Tatmotivation ab. Hierfür bieten sich zwei große Fallgrup-
pen an.

a: Diskriminierende Tötungsbeweggründe

Die Verfasser des AE-Leben (2008) haben vorgeschlagen, diskriminierende Tötungen we-
gen der Zugehörigkeit des Tatopfers zu einer bestimmten Gruppe als Fälle einer höchst-
strafwürdigen Tatmotivation im Gesetz gesondert auszuweisen. Erfasst werden Sachverhal-
te, in denen der Täter einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung,
seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft sowie seines Glaubens tötet. Die
gedankliche Klammer dieser Qualifikationsmerkmale ist die individuell nicht verfügbare
Gruppenzugehörigkeit der aus diesem Grunde angegriffenen Tatopfer. Ihnen wird auf Grund
vorgegebener sozialer Merkmale schlichtweg die Existenzberechtigung abgesprochen.⁶⁹

Es liegt auf der Hand, dass an der Gruppenzugehörigkeit des Opfers anknüpfende Tötungs-
motive höchststrafwürdig sind.⁷⁰ Täter, die aus solchen Gründen Leben vernichten, verletzen
nicht allein das Rechtsverhältnis zum Opfer, sondern auch das zur Allgemeinheit. Derart
motivierte Tötungsverbrechen resultieren aus einer geradezu anti-sozialen Einstellung, die

⁶⁷ BGH NStZ 2006, 284, 285.

⁶⁸ Dazu, dass insoweit fremde sozio-kulturelle Wertvorstellungen belanglos bleiben, BGH NStZ 2006, 284, 285. Ausführlich
hierzu MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn. 104-110.

⁶⁹ Siehe dazu AE (2008) GA 2008, 193 (229). Grundlegend Müssig, Mord, S. 266, 297.

⁷⁰ BGHSt 2, 251, 254; BGH NStZ 2004, 89, 90; Fischer § 211 Rn 23; Lackner/Kühl § 211 Rn 5a; LK-Jähnke § 211 Rn 27;
Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 35; NK-Neumann § 211 Rn 34; Rengier BT II § 4 Rn 18; Wessels/Hettinger BT 1 Rn 96.

sich in der konkreten Tat niederschlägt und dadurch die Rechtsgenossen besonders nachhaltig erschüttert. Mit der diskriminierenden Tötung stellt der Täter zugleich die in Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 GG verankerten Grundwerte der Gesellschaft in Frage, indem er den personalen Eigenwert des Opfers expressiv missachtet. Derartige Tötungsbeweggründe sollten zu Tatbestandsmerkmalen des § 211 Abs. 2 StGB ausgestaltet werden; denn sie sind sowohl aus regelgeleiteter rechtlicher als auch aus sozialetischer Perspektive niedrig im Sinne der Motivgeneralklausel.

Der Gesichtspunkt der durch die Tat verdeutlichten (grund-)rechtswidrigen Diskriminierung des Getöteten kann für die Bewertung sachlich vergleichbarer Tatkonstellationen fruchtbar gemacht werden. Wer etwa als Angehöriger der Rockergruppe „Hells Angels“ ein Mitglied des konkurrierenden Verbandes „Los Bandidos“ aus Gruppenhass tötet, handelt mit Blick auf die vorerwähnte Fallgruppe vergleichsweise höchststrafwürdig. In der menschenwürdevidrigen Reduzierung des Opfers auf die – hier freilich abänderbare – Gruppenzugehörigkeit zeigt sich der sozialetisch und rechtlich gleichermaßen unerträgliche Charakter solcher Taten. Ähnliches gilt für denjenigen, der einem anderen allein wegen dessen Zugehörigkeit zu einer Partei oder Vereinigung das Leben nimmt. Die Höchststrafwürdigkeit des Tatmotivs wurzelt in solchen Fällen zusätzlich im Angriff auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitions- und Vereinigungsfreiheit.

b: Motivationale Negierung konstitutiver gesellschaftlicher Wertentscheidungen

Bereits die Bewertung diskriminierender Tötungen im vorgenannten Sinne lässt erkennen, dass das mit einem Tötungsmotiv einhergehende Infragestellen (verfassungs-)rechtlicher Grundentscheidungen dazu drängt, die durch solche Beweggründe geprägten Taten angesichts ihrer anti-sozialen Ausrichtung als Mord aus niedrigem Beweggrunde zu klassifizieren. Ein Täter, der sich in Verfolgung seiner selbst gesetzten Ziele mit der Tötung eines Menschen über gesellschaftliche Werte hinwegsetzt, deren Beachtung für das Funktionieren eines demokratisch und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens schlechthin konstitutiv ist, handelt rechtlich betrachtet unbestreitbar höchststrafwürdig. Angesichts dessen ist klar, dass nicht nur diskriminierende Tötungsverbrechen, sondern auch politisch motivierte Tötungen sowie solche in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht ohne jede Ausnahme als Mord anzusehen sind. In diesen Taten tritt ein hohes Maß an sozialer Rücksichtslosigkeit zu Tage. Sie erscheinen – wie erst jüngst wieder die Pariser Terroranschläge und die Reaktion der französischen Bevölkerung darauf gezeigt haben – als hochgradig gemeinschaftsbedrohlich. Hierzu im Einzelnen:

aa: Politisch motivierte Tötungen

Politisch motivierte Tötungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Täter durch die Tat auf das soziale oder gesellschaftliche Zusammenleben einwirken will, um dadurch bestimmte Wertvorstellungen und Ziele zu verwirklichen.⁷¹ Die einschlägigen Fälle sind vielgestaltig. Sie erstrecken sich von rassistischen Tötungen über die egoistisch motivierte Ausschaltung von politischen Konkurrenten aus Machtkalkül bis hin zum „achtenswerten Tyrannenmord“.⁷² Erfasst werden weiterhin terroristische Akte gewaltbereiter Extremisten, die in völliger Verblendung der gesellschaftlichen Lage scheinbar altruistisch darauf abzielen, die demokratische Entwicklung der Gesellschaft durch symbolträchtige Beseitigung missliebiger Persönlichkeiten aus Politik und Wirtschaft zu befördern.⁷³ Nicht anders einzuordnen sind Taten fanatisierter Islamisten, die zur Durchsetzung einer bestimmten Spielart ihrer Religion und der damit einhergehenden Gesellschaftsordnung in den sogenannten „Heiligen Krieg“ ziehen, um Ungläubige und deren westlich geprägtes Wertesystem zu beseitigen.

Die strafrechtliche Einordnung politisch motivierter Tötungen als Mord ist teilweise umstritten. Einigkeit besteht lediglich darin, dass die Tötung eines Menschen allein auf Grund seiner politischen Einstellung oder Betätigung niedrig im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB ist.⁷⁴ Darüber hinaus verfiert die im strafrechtlichen Schrifttum vorherrschende Ansicht eingedenk der Vielschichtigkeit von politischem Widerstand, idealistischem Gerechtigkeitsstreben und egoistischen Machtgelüsten eine differenzierende Sichtweise.⁷⁵ Zahlreiche Autoren orientieren sich dabei weniger an der Wertigkeit der verfolgten gesellschaftlichen Ziele denn an der persönlichen Involvierung des Täters. Danach soll Mord gegeben sein, wenn der Täter aus eigensüchtigen Antrieben handelt; hierunter fallen beispielsweise Rivalität zu politischen Kontrahenten, Hass gegen den politischen Gegner oder persönliches Machtstreben. Demgegenüber sei bei Handeln in tatsächlichem oder zumindest vertretbar vermeintlichem Allgemeininteresse ein niedriger Beweggrund abzulehnen. Teilweise wird die positive Bewertung der politisch-altruistischen Tötung dahingehend eingeschränkt, dass der Täter in Wahrnehmung

⁷¹ Zu diesem weit gefassten Begriff des Politischen s. Zielke JR 1991, 136; Brocker JR 1992, 13; v. Selle NJW 2000, 992 Fn 1.

⁷² Eingehend mit zahlreichen Fallgruppen D. Lange, Tötung, S. 69-82. Die Unterscheidung zwischen „verwerflichem Demokratenmord“ und „achtenswertem Tyrannenmord“ hatte kurz nach dem Zweiten Weltkrieg Konjunktur; s. hierzu Radbruch SJZ 1948, 311; Zinn SJZ 1948, 141; SJZ 1948, 311 und Jagusch SJZ 1949, 324. Sie wird heute in dieser zugespitzten Form zu Recht als zu vordergründig empfunden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die von Jähne in LK § 211 Rn 27 vertretene, auf Art. 20 Abs. 4 GG abhebende Begründung – entgegen Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1 § 2 Rn 38 – mit dieser überholten simplen Differenzierung nichts zu tun hat: Für die Beurteilung eines politischen Tötungsantriebs als niedrig kommt es natürlich nicht darauf an, ob ein „guter Demokrat“ oder ein verfassungsfeindlicher Extremist umgebracht wird.

⁷³ Weitere Fälle schildert v. Selle NJW 2000, 992 f.

⁷⁴ BGHSt 2, 251, 254; BGH NSTz 2004, 89 (90); Fischer § 211 Rn 23; LK-Jähne § 211 Rn 27; MüKo/StGB-Schneider § 211 Rn 90; Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 35.

⁷⁵ Fischer § 211 Rn 21; NK-Neumann § 211 Rn 39-41; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 20; Rengier BT II § 4 Rn 20; Jakubs NJW 1969, 489, 490; Zielke JR 1991, 136, 138 f.

eines vertretbaren Allgemeininteresses gehandelt haben müsse.⁷⁶ Jedenfalls besteht nach diesem Ansatz die Möglichkeit, tödliche Gewalttaten sog. „Wutbürger“ aus dem Anwendungsbereich der Motivgeneralklausel auszuklammern.

Die vorstehenden Wertungen vermögen nicht zu überzeugen; sie entbehren eines tragfähigen rechtlichen Anknüpfungspunktes und gehen an den grundlegenden Wertentscheidungen der Gesellschaft vorbei. Entscheidend ist, dass die Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung ein Konstitutivum des demokratisch und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens ist. Die Verfassung selbst unterstreicht den herausragenden Stellenwert dieser Aussage vornehmlich dadurch, dass das Grundrecht der Versammlungsfreiheit durch Art. 8 GG nur im Rahmen seiner friedlichen und gewaltfreien Ausübung garantiert wird. Ausgehend hiervon erweist sich die Missachtung des Prinzips der Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung durch physische Vernichtung politischer Gegner als derart wertwidrig und asozial, dass die Ahndung des Fehlverhaltens mit der Höchststrafe angemessen ist.⁷⁷ Diese ist zudem deswegen gerechtfertigt, weil politisch motivierte Tötungen leicht eskalieren können, ein aufgeputschtes Klima von Furcht, Schrecken sowie Hass verbreiten und daher sozialpsychologisch besonders gefährlich erscheinen.⁷⁸ Im Übrigen brechen sich in (scheinbar) altruistisch motivierten politischen Tötungen vielfach unter der Hand egoistische Strebungen Bahn.⁷⁹ Sie sind in der Anmaßung des Täters zu erblicken, nach eigenem Gutdünken außerhalb der dafür vorgesehenen Verfahren oder sogar entgegen demokratisch legitimierten (Verwaltungs-)Entscheidungen bestimmen zu können, welche politischen Zielsetzungen sich durchsetzen sollen. Die in diesem Alleinvertretungsanspruch zum Ausdruck kommende bewusste Ablehnung allgemein anerkannter Regeln zur Umsetzung politischer Anliegen ist mit der Rechtsordnung schlichtweg unvereinbar. Sie ist Ausdruck einer hochgradig solipsistischen Gesinnung von Tätern, die sich - gleichsam als Sachwalter des Richtigen - dazu berufen fühlen, ihre politischen Ziele außerhalb der dafür an sich vorgesehenen Verfahren bewusst unkonventionell, nämlich gewaltsam zu befördern. Diese gleichermaßen hochfahrende wie gemeinschaftsbedrohliche Einstellung ist niedrig, weil der Täter dadurch die in Art. 8 GG zum Ausdruck gebrachten gesellschaftlichen Grundentscheidungen zum Austragen politischer

⁷⁶ S. hierzu Eser; Neumann und Zielke; jeweils in der vorstehenden Fn. Eine Sonderstellung nimmt D. Lange, Tötung, S. 60-68, 197 ff., 247 ff. insoweit ein, als er lediglich altruistisch geprägte Beweggründe als „politisch“ einstuft. Ausgehend hiervon stellt sich dann jede politisch motivierte Tötung als bloßer Totschlag dar.

⁷⁷ Ablehnend D. Lange, Tötung, S. 186 f. Freilich übersieht er dabei die im Text angeführte Besonderheit der Gewaltfreiheit des Politischen. Pointiert: Der verfassungsrechtlich verankerten Beschränkung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit muss im vorliegenden Kontext entnommen werden, dass selbst politische Motive altruistischer Provenienz gewaltsames Vorgehen nicht verständlich machen können.

⁷⁸ Otto Jura 1994, 141, 146. Abweichend D. Lange, Tötung, S. 187.

⁷⁹ Instruktiv zu derartigen Mischformen, freilich auf der Grundlage eines anderen Ansatzes, D. Lange, Tötung, S. 69 f.

Anliegen bewusst missachtet. Der Gesetzgeber ist deswegen aufgefordert, das politische Tötungsmotiv in den Kanon subjektiver Mordmerkmale aufzunehmen.⁸⁰

bb: Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht

Ebenso wie die Tötung aus politischen Beweggründen ist die Vernichtung von Menschenleben in bewusster Hinwegsetzung über die Rechtswahrungsfunktion des Staates als derart antisozial anzusehen, dass eine verschärfte Reaktion nach § 211 Abs. 2 unerlässlich ist.⁸¹

Konkret: Tötungen aus Rache zur Ahndung strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens sind prinzipiell höchstverwerflich. Ausschlaggebend für diese Bewertung dieses Motivs ist Folgendes: Die Zentralisierung der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung in staatlich geregelten Verfahren ist eine kulturhistorische Errungenschaft aller ersten Ranges; sie ist für ein rechtsstaatliches Gemeinwesen konstitutiv und prinzipiell nicht hintergebar. Täter, die sich dagegen bewusst auflehnen und ihre individuellen Belange unter gezielter Umgehung der zur Rechtswahrung berufenen Instanzen eigenmächtig durch Tötung eines Delinquenten verfolgen, erscheinen in ihrer dadurch manifestierten solipsistischen Rücksichtslosigkeit besonders gefährlich. Sie stellen nicht nur handfest unter Beweis, dass sie grundlegende Rechtsnormen nicht anerkennen,⁸² zudem exekutieren sie mit der eigenmächtig festgesetzten „Todesstrafe“ eine Sanktion, die im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland definitiv geächtet ist. Es leuchtet aus sozialemethischer Perspektive ein, dass diesem hochgradig sozialschädlichen Vorgehen ohne Rücksicht auf individualpsychologische Befindlichkeiten mit der ganzen Härte der lebenslangen Freiheitsstrafe konsequent und unnachsichtig entgegengetreten werden muss. Daher sind rachemotivierte Tötungen objektiv niedrig im Sinne der Motivgeneralklausel.⁸³ Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Täter das rechtskräftig verurteilte Opfer ums Leben bringt, weil er die staatlich verhängte Sanktion nicht für angemessen erachtet. Und erst recht sind Akte der Lynchjustiz ebenso wie hinrichtungsähnliche Tötungen nicht zuletzt wegen der menschenverachtenden Art der Tatbegehung ohne jede Einschränkung Kandidaten der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord aus niedrigem Beweggrunde.⁸⁴

Der Bundesgerichtshof teilt diese strikte Sichtweise nicht. Zwar geht auch er im Grundsatz davon aus, dass tödliche Akte der Selbstjustiz an sich höchststrafwürdig sind. In bestimmten

⁸⁰ Siehe dazu auch LK-Jähnke § 211 Rn 27; Otto JURA 1994, 141, 146; Brocker JR 1992, 13.

⁸¹ Heine, Niedrige Beweggründe, S. 242–244; Schneider, FS Widmaier, S. 759, 776 f.; Grünewald NStZ 2010, 1, 6 f. Im Ansatz ebenso Fabricius StV 1996, 209, 210, der freilich in Fällen mit Bezügen zu fremden sozio-kulturellen Wertvorstellungen Einschränkungen vornimmt; ähnlich auch BGH StV 1994, 182.

⁸² Heine, Niedrige Beweggründe, S. 242 f. S. dazu auch Schneider, FS Widmaier, S. 759, 776 f. sowie Grünewald NStZ 2010, 1, 6 f.

⁸³ Ebenso Heine S. 242 f.; Grünewald NStZ 2010, 1 (6 f.).

⁸⁴ S. dazu Fischer § 211 Rn 23.

Einzelfällen lässt er hiervon indessen Ausnahmen zu. Dabei spielen insbesondere die fort-dauernde persönliche Betroffenheit des Täters, seine Nähe zum Vortatopfer sowie das Ge-wicht der Vortat eine wichtige Rolle.⁸⁵

Diese hier nicht ausführlich dargestellte differenzierte Beurteilung von Tötungen in Verfol-gung einer selbstjustiziellen Bestrafungsabsicht an Hand individualpsychologischer Erwä-gungen zur Betroffenheit des Täters durch die Vortat ist rechtlich genuin verfehlt. Ebenso wenig wie die arttypische Geschlechtslust die Niedrigkeit des Sexualmordes oder das an sich legitime Streben nach Wohlstand Habgier ausschließen können, ist die für sich betrach-tet möglicherweise menschlich verständliche innere Aufruhr über persönlich erlittenes Un-recht und das daraus resultierende Streben nach Sanktionierung des Fehlverhaltens geeig-net, die Niedrigkeit des Beweggrundes der Selbstjustiz zu beseitigen.⁸⁶ Allein die psychologi-sche Erklärbarkeit eines Tötungsdelikts besagt grundsätzlich nichts über dessen rechtliche Bewertung anhand der insoweit allein ausschlaggebenden normativen Kriterien.⁸⁷ Danach kann dem Tötungsbeweggrund der Rache im Lichte der basalen Ordnungsprinzipien des bundesdeutschen Rechtsstaats auf Unrechtsebene schlechterdings nicht mit wohlwollendem Verständnis begegnet werden. Wer rachemotiviert „Gerechtigkeit“ um den Preis der Tötung Dritter sucht, bewirkt durch den Einbruch in das staatliche Strafverfolgungsmonopol in Zu-sammenwirken mit der „Verhängung“ der verfassungsrechtlich geächteten Todesstrafe (Art. 102 GG) einen Zustand, der ungeachtet des Gewichts der Vortat sowie der hierauf fu-ßenden inneren Aufgewühltheit des Täters gesellschaftlich kategorial unerwünscht ist und ein Ausmaß an Sozialgefährlichkeit demonstriert, das die Höchststrafe rechtfertigt.⁸⁸

Zieht man die Bilanz der vorstehenden Ausführungen, so gibt das in Art. 20 Abs. 3 GG ver-ankerte Rechtsstaatsprinzip in wertungsmäßiger Zusammenschau mit dem Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht vor, die selbstjustizielle Bestrafungsabsicht in § 211 Abs. 2 StGB als gesondertes Mordmerkmal aufzuführen.

3. Von der Niedrigkeit zur Nichtigkeit des Tatanlasses

Eine weitergehende Präzisierung der Motivgeneralklausel könnte in ihrer sprachlichen Neu-fassung liegen. Es sollte erwogen werden, den gängigen Begriff des „sonstigen niedrigen

⁸⁵ Grundlegend BGH NSTZ 2006, 284, 286. Weiterführend hierzu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 776 sowie Müssig, Mord, S. 319-322. Siehe dazu auch Matt/Renzikowski/Safferling § 211 Rn 28.

⁸⁶ Aufschlussreich insoweit BGH StV 2001, 228, 229.

⁸⁷ Prägnant Grünwald, Tötungsdelikt, S. 217-219; dies. NSTZ 2010, 1, 6 f. Ähnlich, wenngleich abgeschwächt, Fischer Rn 14a und NK/Neumann Rn 28.

⁸⁸ Heine S. 242 f. Weniger strikt LK/Jähnke Rn 29 mit Fn 141.

Beweggrundes“ durch den des „nichtigen Tatanlasses“ zu ersetzen.⁸⁹ Eine solche Änderung würde die Anwendung der Motivgeneralklausel nicht nur von zuweilen anzutreffendem moralisch aufgeladenen Ballast befreien; sie könnte auch die hinter dem Mordmerkmal stehenden Leitprinzipien prägnanter als bisher hervortreten lassen. Hierzu in aller Kürze nur so viel:

Mustert man die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung durch, so erweist sich recht häufig die Geringfügigkeit des Tatanlasses als das für die Bewertung des Tötungsbeweggrundes maßgebliche Kriterium. Dem folgen zahlreiche Strafrechtsautoren, indem sie die Feststellung der Niedrigkeit eines Beweggrundes von einer Mittel-Zweck-Analyse abhängig machen. Mit der vorstehend vorgeschlagenen Neufassung der Motivgeneralklausel könnte dieser bereits heute weitgehend akzeptierte Ansatz aufgegriffen und als ein begründungsleitendes Prinzip im Gesetz verankert werden. Dadurch ließe sich beispielsweise in den Fällen normalpsychologischer Tatantriebe besser als bislang verdeutlichen, welche Kriterien für die Motivbewertung maßgeblich sind.

Freilich impliziert der Begriff des „nichtigen Tatentschlusses“ keine Verengung der Motivbeurteilung allein auf das Prinzip der Geringfügigkeit des Tatanlasses. „Nichtig“ im Sinne von „ganz und gar unhaltbar“ kann ein Tatanlass vielmehr auch dann genannt werden, wenn dessen Betrachtung ergibt, dass er vor der Rechtsordnung keinen Bestand haben kann, weil er den (rechtlichen) Grundwerten der Gesellschaft kategorial widerstreitet.

Deutlich wird dies etwa in den Fällen des Ehrenmordes, in denen der Täter das Streben eines Familienangehörigen nach eigenverantwortlicher Ausgestaltung seines Lebens zum Tatanlass nimmt und damit den in Art. 1 Abs. 1 GG thematisierten personalen Eigenwert des Opfers in Frage stellt. Gleichermaßen nichtig, da rechtlich völlig unhaltbar, sind zudem religiös motivierte Taten jenseits der erstgenannten Kategorie des banalen Tatanlasses (angesprochen sind insoweit Mohammed-Karikaturen). Wer aus religiösen Gründen tötet, um auf diesem Wege von ihm als verfehlt erachtete Lebens- und Verhaltensweisen zu brandmarken oder sonstige krude Vorstellungen über „schickliches Leben“ in religiöser Verbrämung seiner Zielsetzung durchzusetzen, verletzt die in Art. 4 GG mitgeschützte negative Bekenntnisfreiheit der anderen und handelt daher höchststrafwürdig aus nichtigem Anlass.

⁸⁹ Siehe dazu auch Müssig, Mord, S. 281 ff.

Im Ergebnis zeichnet sich ab, dass die Ersetzung des sprachlich ohnehin dumpf und dräuend klingenden „sonstigen niedrigen Beweggrundes“ durch den „nichtigen Tatanlass“ einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Präzisierung der Motivgeneralklausel leisten kann. Durch die begriffliche Verdeutlichung ihrer begründungsleitenden Prinzipien im Gesetz bei gleichzeitiger Wahrung der rechtspraktisch unerlässlichen (relativen) Flexibilität der Wertungskriterien wird die Rechtsfindung in allen Instanzen transparenter sowie vorhersehbar. Davon profitieren alle Verfahrensbeteiligten.

V. Zusammenfassung in zehn Thesen

1. Die in § 211 Abs. 2 StGB ausgeformten subjektiven Mordmerkmale beschreiben Tatmotive, die aufgrund ihrer antisozialen Ausrichtung Tötungsverbrechen als höchststrafwürdig ausweisen. Dabei ist es letztendlich nicht entscheidend, ob man solchermaßen motivierte Taten als besonders verwerflich oder als gesteigert sozialgefährlich beschreibt.
2. Die Motivgeneralklausel des „sonstigen niedrigen Beweggrundes“ ist sachgedanklich die Mutter aller subjektiven Mordmerkmale. Sie hat die Funktion einer Auffangvorschrift und soll diejenigen unbenannten Tötungsmotive erfassen, die der Tat gleichermaßen den Stempel des Höchststrafwürdigen aufdrücken.
3. Die Motivgeneralklausel ist aus Gründen sachlich gebotener Gleichbehandlung tatbestandlich ausgeformter und wertungsmäßig vergleichbarer sonstiger Beweggründe unverzichtbar. Ihre Abschaffung würde ein massives Gerechtigkeitsdefizit begründen. Sie würde zudem zu einer rasanten Absenkung der Verurteilungen zu lebenslanger Freiheitsstrafe führen.
4. Die inhaltliche Präzisierung der Motivgeneralklausel ist schwierig. Es ist unmöglich, sie mit Hilfe eines einzigen beurteilungsrelevanten Leitprinzips auszufüllen.
5. Der Weg der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Motivgeneralklausel unter Rückgriff auf eindeutige und in diesem Sinne weiterführende Aussagen der Sozialethik zu konkretisieren, ist trotz der hieran geübten Kritik weiterhin gangbar. Er muss allerdings durch ergänzende Begründungsansätze abgesichert und ausgebaut werden.

Hierfür kommen vor allem Erwägungen zur Mittel-Zweck-Relation zwischen Tatanlass und Tatfolgen in Betracht; sie verdeutlichen die wertungsmäßig häufig ausschlaggebende Nichtigkeit des Tatanlasses. Weiterhin können Motivationen, die (verfassungs-)rechtlich verankerte Grundwerte der Gesellschaft in Frage stellen, aufgrund ihrer manifesten antisozialen Ausrichtung als niedrig angesehen werden. So wird insbesondere durch die Missachtung des personalen Eigenwertes des Opfers die Höchststrafwürdigkeit der Tötung zum Ausdruck gebracht.

6. Eine Modernisierung und Weiterentwicklung der Motivgeneralklausel ist rechtspolitisch diskutabel. Sie könnte durch Schaffung zusätzlicher subjektiver Mordmerkmale erfolgen. Diese können die Motivgeneralklausel entlasten. Darüber hinaus können sie die Basis für die strafrechtliche Bewertung unbenannter Motive im Wege vergleichender Betrachtung erweitern.
7. In das Gesetz gesondert aufzunehmen sind diskriminierende Tötungsbeweggründe. Wer einen Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Herkunft sowie seines Glaubens tötet, handelt aus einem niedrigen Beweggrund; denn er stellt dadurch den in Art. 1 Abs. 1 und 3 Abs. 2 GG thematisierten personalen Eigenwert des Opfers durch bloße Gruppenzugehörigkeit in Frage.
8. Gleiches gilt für inkonnxene oder völlig grundlose Tötungen. Für sie sollte der Gesetzgeber das Mordmerkmal der „Mutwilligkeit“ einführen.
9. Weitere Kandidaten kategorialer Rechtsverfehlung sind die politisch motivierte Tötung (vgl. Rechtsgedanke aus Art. 8 GG) sowie die Lebensvernichtung in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht (Art. 20 Abs. 3, 102 GG). Solche in die Negation konstitutiver gesellschaftlicher Wertentscheidungen mündenden Motive sollten in gesonderten Mordmerkmalen erfasst werden.
10. Schließlich bleibt zu erwägen, den dumpf und dräuend klingenden Begriff der „sonstigen niedrigen Beweggründe“ durch den des „nichtigen Tatanlasses“ zu ersetzen. Hierin liegt nicht nur eine sprachliche Bereinigung des Gesetzes um ein tendenziell moralisch aufgeladenes Merkmal, sondern auch eine weitergehende inhaltliche Präzisierung der Motivgeneralklausel.

Thesen zur Heimtücke

I. Phänotypische Ausgangslage

Das Mordmerkmal der Heimtücke zählt zu den tatbezogenen Tatbestandsvarianten des § 211 Abs. 2 StGB. Es erfasst in seinem Kernbereich Sachverhalte der zum Zwecke der Tötung situativ ausgenutzten Schutzlosigkeit des Opfers. Zu den klassischen Anwendungsfällen des Mordmerkmals zählen Anschläge aus dem Hinterhalt, unvermittelte (zumeist von hinten verübte) Angriffe auf ahnungslose Menschen, heimliche Giftbeibringung sowie die Tötung schlafender Personen.¹ Allen diesen Sachverhalten ist gemeinsam, dass der Täter durch sein unerwartetes Vorgehen die bei offener Konfrontation an sich erwartbaren psychophysischen Abwehrmechanismen des Opfers unterläuft und sich dessen Selbstschutzdefizite für die Tatbegehung aneignet.

Jenseits dieser Fallgruppe soll das Mordmerkmal auch dann zur Anwendung gelangen, wenn der Täter die Schutzlosigkeit des Opfers in Tötungsabsicht listig herbeiführt, um es sodann unter erleichterten Bedingungen in offener Konfrontation töten zu können. Geläufig ist insoweit das planvolle Locken in einen Hinterhalt.² Darüber hinaus wird im strafrechtlichen Schrifttum erwogen, Tötungen nach listigem Eindringen in den Schutzbereich des dadurch in seinen Verteidigungsmöglichkeiten nachhaltig beschränkten Opfers als heimtückisch einzustufen.³

II. Gründe für die strafschärfende Bewertung heimtückischer Tötungen

Heimtückische Tötungen in Ausnutzung der situativen Schutzlosigkeit des Opfers sind nach herrschender Ansicht deshalb höchststrafwürdig, weil die gezielt auf das Überraschungsmoment setzende Art der Tatdurchführung von den Rechtsgenossen als gesteigert gemeinschaftsbedrohlich eingestuft wird. Die mit einem derartigen Verhalten einhergehende Unrechtssteigerung gegenüber einem „normalen“ Totschlag wird darin erblickt, dass der Täter das Opfer überrumpelt und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf das Leben durch ihm ansonsten mögliche Verteidigungsaktivitäten zu begegnen.⁴ Der überraschte Adressat todbringender Gewaltakte sieht – anders als der offen mit einem Angriff auf das Leben Konfron-

¹ Eingehend hierzu MüKo-Schneider § 211 Rn 144 mit weiterführenden Nachweisen in Fn 579.

² BGHSt 22, 77 (79); BGH NSStZ 1989, 364 (365); BGH NSStZ 2008, 569; BGH NSStZ 2010, 450 (451); Fischer § 211 Rn 37a; LK-Jähnke § 211 Rn 41; Rengier BT/II § 4 Rn 25. Kritisch hierzu MüKo-Schneider § 211 Rn 166 mit dem Vorschlag, derartige Taten nach § 212 Abs. 2 StGB zu ahnden.

³ Siehe dazu vor allem Puppe NSStZ 2009, 208 f. in Auseinandersetzung mit BGH NSStZ 2009, 29 f. Ähnlich auch Fischer § 211 Rn 38. Kritisch hierzu MüKo-Schneider § 211 Rn 167.

⁴ BGHSt 11, 139 (143); BGHSt 32, 382 (384); BGHSt 39, 353 (369); BGH NSStZ 2003, 146 (147); BGH NSStZ 2005, 688 (689); BGH NSStZ 2010, 450. Ebenso AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 47; LK-Jähnke § 211 Rn 40; MüKo-Schneider § 211 Rn 144. Kritisch hierzu NK-Neumann § 211 Rn 48; Grünewald, Tötungsdelikt, S. 124-127; Müssig, Mord, S. 301; M.-K. Meyer JR 1979, 441 (444); Otto JURA 1984, 141 (147).

tierte – keine Notwendigkeit zum Selbstschutz. Das bewusste Ausnutzen solchermaßen vor-
gefundenen Selbstschutzdefizite des Opfers steigert die Erfolgssicherheit der Tathandlung
derart, dass die Tat insgesamt als besonders gefährlich erscheint.⁵

In den Fällen der listig herbeigeführten Schutzlosigkeit des Opfers wird die Höchststrafwür-
digkeit der Tötung des gezielt vereinzelt Opfers im besonders tückischen Vorgehen des
Täters erblickt.⁶ Gemeinhin wird vorgebracht, dass die von langer Hand vorbereitete Tötung
wertungsmäßig ebenso strafwürdig ist wie die den Kern des Mordmerkmals markierende
Überraschungstat, sofern die listigen Vorfeldaktivitäten des Täters bis in das Ausführungs-
stadium der Tat hineinwirken und dem zu Beginn des Gesamtgeschehens arglosen Opfer
am Ende Verteidigungsmöglichkeiten entziehen.⁷ Hinter dieser Sichtweise steht erkennbar
das vormals zur Abschichtung von Mord und Totschlag herangezogene Kriterium der Über-
legung; darüber hinaus schwingen Aspekte des Missbrauchs von Vertrauen des Opfers in
die Redlichkeit des Täters mit.⁸

III. Begriffselemente der Heimtücke

1. Überblick

Die strafrechtsdogmatische Ausdeutung des Mordmerkmals erfolgt entlang der allseits be-
kannten höchstrichterlichen Basisdefinition. Danach tötet heimtückisch, wer in feindlicher
Willensrichtung die arglosigkeitsbedingte Wehrlosigkeit des Opfers zur Tatbegehung be-
wusst ausnutzt. Das derart umschriebene Heimtückekonzept ist zweigliedrig:

In objektiver Hinsicht ist zunächst erforderlich, dass der Getötete zu Beginn des Angriffs auf
sein Leben arglos war. Ausgehend hiervon gilt es in einem zweiten Schritt zu klären, ob das
Tatopfer infolge seiner situativen Unbedarftheit gegenüber dem Anschlag wehrlos war. Beide
Kriterien müssen kumulativ dergestalt vorliegen, dass die Wehrlosigkeit Resultat der Arglo-
sigkeit ist. Die Arglosigkeit eines ohnehin wehrlosen Opfers wie auch die Wehrlosigkeit eines
im Tatzeitpunkt nicht mehr Arglosen reichen für die Annahme des Mordmerkmals nicht aus.⁹
Auf subjektiver Ebene muss hinzukommen, dass der Täter die Lage des Opfers nicht nur in
Vorsatz begründender Weise wahrnimmt, sondern sie darüber hinaus bewusst zur Tötung
ausnutzt. Verlangt wird ein Erkennen der Tatsituation in dem Sinne, dass dem Täter bewusst

⁵ MüKo-Schneider § 211 Rn 144; Küper JuS 2000, 740 (742).

⁶ Vgl. BGHSt 22, 77 (79); Rengier, BT/II § 2 Rn 25.

⁷ Vgl. BGHSt 22, 77 (79); LK-Jähnke § 211 Rn 41; MüKo-Schneider § 211 Rn 165; Küper JuS 2000, 740 (744).

⁸ Eingehend hierzu MüKo-Schneider § 211 Rn 165.

⁹ Siehe dazu BGHSt 19, 321 (322); BGH NSStZ 1997, 490 (491); BGH NSStZ 2009, 569 (570); Fischer § 211 Rn 34; LK-Jähnke § 211 Rn 44; MüKo-Schneider § 211 Rn 145.

ist, einen durch Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.¹⁰ Das rechtspraktisch überaus relevante Definitionselement des Ausnutzungsbewusstseins dient der Besserstellung spontan agierender sowie affektiv erregter Täter; ihnen wird vielfach attestiert, dass sie auf Grund ihres inneren Zustands bei Vornahme der Tathandlung (möglicherweise) nicht in der Lage gewesen seien, die zutreffend wahrgenommenen äußeren Rahmenbedingungen der Tat in ihrem Bedeutungsgehalt für die Lage des Opfers gedanklich zu verarbeiten. Freilich weiß niemand, nach welchen (Psycho-)Maßstäben das Vorliegen oder Entfallen des Ausnutzungsbewusstseins geprüft werden soll.¹¹

Das tatbestandlich gänzlich unverankerte Kriterium der feindlichen Willensrichtung spielt im Gerichtsalltag hingegen keine nennenswerte Rolle. Es ist auf Mitnahmesuizide und Euthanasieaktionen zugeschnitten. Es bezweckt, mitleiderregende oder (vermeintlich) verständliche Tötungen Schwerstkranker aus dem Anwendungsbereich der Heimtücke auszuklammern, sofern der Täter in begreiflicher Weise aus seiner Sicht zum Besten der Opfer tötet.¹² Dieser den Unrechtsgehalt des tatbezogenen Mordmerkmals verzeichnende Ansatz läuft auf eine von der Rechtsprechung ansonsten strikt zurückgewiesene negative Typenkorrektur des Mordmerkmals anhand obskurer Wertungen hinaus.¹³ Die Restriktion wirkt zudem befremdlich; denn jenseits der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB ist natürlich jede andere vorsätzliche Lebensvernichtung feindlich.¹⁴

2. Die Arglosigkeit – Ankerpunkt der Heimtücke

Das Herzstück der höchstrichterlichen Basisdefinition der Heimtücke ist die Arglosigkeit des Opfers. Dieses Begriffselement ist der Ansatzpunkt für die strafscharfende Bewertung heimtückisch begangener Tötungen. Es lässt sich im Kern wie folgt skizzieren:

a: Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tathandlung keines Angriffs versieht, also vom Täter überrascht wird und daher in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt ist.¹⁵ Die Annahme heimtückespezifischer Arglosigkeit setzt freilich nicht voraus, dass das Opfer seine

¹⁰ BGHSt 6, 120 (121); BGHSt 11, 139 (143); BGH NStZ 1981, 140; BGH NStZ 1997, 490 (491); BGH NStZ 2008, 510 (511); BGH NStZ 2010, 450 f.; *Fischer* § 211 Rn 44, 80; *LK-Jähnke* § 211 Rn 45 sowie *Rengier*, FS Küper, S. 473 (478-481).

¹¹ Ausführlich *MüKo-Schneider* § 211 Rn 183-187 mit zahlreichen Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung. Aufschlussreich weiterhin *Dannhorn* NStZ 2007, 297 (299 f.) sowie *Rengier* NStZ 2004, 233 (236). Der Sache nach verbirgt sich hinter der Figur des Ausnutzungsbewusstseins nichts anderes als eine ganz und gar beliebige Billigkeitsrechtsprechung nach Art der vom Bundesgerichtshof dezidiert abgelehnten negativen Typenkorrektur. Siehe dazu nochmals *MüKo-Schneider* § 211 Rn 188.

¹² BGHSt 9, 385 (390); BGHSt 30, 105 (119); BGHSt 37, 376 (377); BGHSt 42, 301 (304); BGH NStZ 2009, 569 (570); BGH NStZ 2009, 571 (572); *Fischer* § 211 Rn 44a; *LK-Jähnke* § 211 Rn 46. Kritisch hierzu *MüKo-Schneider* § 211 Rn 194 f.; *Rengier* BT/II § 4 Rn 37; *Mitsch* JuS 1996, 213 (214).

¹³ *MüKo-Schneider* § 211 Rn 195. Ähnlich *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 129 f.

¹⁴ *MüKo-Schneider* § 211 Rn 194. Siehe dazu auch *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 129.

¹⁵ BGHSt 7, 218 (221); BGHSt 32, 382 (384); BGH NStZ 2009, 30 (31); BGH NStZ 2012, 270; *Fischer* § 211 Rn 35; *NK-Neumann* § 211 Rn 52.

Lage gezielt überdenkt und dabei positiv davon ausgeht, vor einem Angriff Dritter auf Leib oder Leben sicher zu sein. Vielmehr reicht es aus, wenn es ein unreflektiertes Sicherheitsgefühl aufweist, weil es keinen Anlass sieht, mit einem Anschlag zu rechnen.¹⁶

Die Arglosigkeit des Angegriffenen ist ausgeschlossen, wenn er in der konkreten Tatsituation Argwohn hinsichtlich einer ihm drohenden Gewalttat geschöpft hat.¹⁷ Aussagekräftig ist insoweit vor allem das der Tat zeitlich unmittelbar vorgelagerte Geschehen.¹⁸ Folgt das Opfer hieraus, dass ihm von Seiten des Täters ein Angriff auf sein Leben oder zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit droht, entfällt dessen Arglosigkeit; denn bei erkannter Gefahr hat es Anlass und Möglichkeiten, sich auf die Gewalttat einzustellen und hiergegen Abwehraktivitäten zu entfalten.¹⁹

b: Die Arglosigkeit ist ein deskriptives Element der Heimtücke. Ihr Vorliegen beurteilt sich allein nach der empirisch fassbaren Vorstellung des Angegriffenen von der ihm drohenden Leibes- oder Lebensgefahr. Ausgehend hiervon muss der Tatrichter im Einzelfall feststellen, wie das Opfer seine Lage im Zeitpunkt der Tat eingeschätzt hat.²⁰ Rechnet es nicht mit einem merkmalsrelevanten Angriff, ist ihm Arglosigkeit zu attestieren, und zwar unabhängig davon, ob dessen Situationseinschätzung vernünftig oder aber Ausfluss unangemessener Sorglosigkeit war. Ausschlaggebend ist nicht, ob der Attackierte normativ „begründetermaßen“ arglos sein durfte. Selbst wenn sein situativer Mangel an Abwehrbereitschaft auf einer kaum noch begreiflichen Fehldeutung der Situation im unmittelbaren Vorfeld des Angriffs beruhte, ist allein seine Sicht der Dinge bedeutsam.²¹

Versuche, das Definitionselement der Arglosigkeit normativ auszudeuten und damit enger zu fassen, konnten sich bislang nicht durchsetzen:

-- Der seinerzeit von *Arzt* unterbreitete Vorschlag, die Arglosigkeit des Opfers ungeachtet der individuellen Wahrnehmung der Tatsituation dann zu verneinen, wenn es aufgrund des feindlichen Vorverhaltens des Täters Veranlassung gehabt hätte, sich auf einen erheblichen körperlichen Angriff einzustellen,²² ist weitgehend unbeachtet geblieben. Dies dürfte daran liegen, dass eine viktimodogmatische Auslegung der Arglosigkeit den strafrechtlichen Schutz des Opfers allzu stark beschneidet, ohne dass der Täter im Gegenzug die Notwendigkeit

¹⁶ *Fischer* § 211 Rn 36; *MüKo-Schneider* § 211 Rn 146; *NK-Neumann* § 211 Rn 53; *Küper* JuS 2000, 740 (745).

¹⁷ BGHSt 41, 72 (79); BGH NStZ 2012, 35; *Fischer* § 211 Rn 37; *LK-Jähnke* § 211 Rn 42 f.; *MüKo-Schneider* § 211 Rn 147.

¹⁸ Siehe dazu BGH NStZ 2005, 691 (692); BGH NStZ 2009, 30 (31); BGH NStZ 2012, 270 (271). Eingehend *AnwK-StGB-Mitsch* § 211 Rn 50 und *MüKo-Schneider* § 211 Rn 147, 152 f.

¹⁹ *MüKo-Schneider* § 211 Rn 149; *Rengier* BT/II § 4 Rn 24.

²⁰ BGHSt 33, 363 (364 f.); BGH NStZ 2005, 688 (689); BGH NStZ 2007, 523 (525); *Fischer* § 211 Rn 37b; *LK-Jähnke* § 211 Rn 42 f.

²¹ Eingehend hierzu *MüKo-Schneider* § 211 Rn 154.

²² *Arzt* JR 1979, 7 (12). Ähnlich *Bendermacher* JR 2004, 301 (304). Kritisch hierzu *Schmoller* ZStW Bd. 99 (1987), S. 389 (396 f.).

einer hierauf fußenden Ausdehnung seines Handlungsspielraums plausibel machen könnte. Im Gegenteil: Seinem Grundansatz nach verlangt das Mordmerkmal der Heimtücke nach einer opferorientierten Auslegung.

-- Ein ähnliches Schicksal dürfte auch dem jüngst von *Zorn* entwickelten Konzept einer restriktiven Auslegung des Mordmerkmals mit Blick auf das vortatliche Opferverhalten beschieden sein.²³ Die Autorin verfißt die These, dass ein Tötungsdelikt dann nicht als heimtückisch begangen eingestuft werden könne, wenn das Opfer den Täter zuvor rechtswidrig in strafrechtlich erheblicher Weise entweder vorsätzlich oder fahrlässig verletzt habe.²⁴ Zur Begründung dieser die Arglosigkeit normativ einschränkenden Sichtweise rekurriert *Zorn* auf eine sekundäre Obliegenheit des Opfers zum Selbstschutz, die sie aus den von ihm zuvor verletzen Strafrechtsnormen herleitet. Aus ihnen folge die Obliegenheit, niemanden gegen sich aufzubringen. Derartige Auswirkungen der Vortatbegehung sollen im Kontext der Arglosigkeit dergestalt Beachtung finden, dass diese aus normativen Gründen entfällt, wenn das Opfer aufgrund eigenen strafrechtlich relevanten Vorverhaltens mit einem (zeitnahen?) Gegenangriff rechnen musste.²⁵ Nachgerade in dieser eigenwilligen Kreation einer rechtlich relevanten Obliegenheit liegt freilich der zentrale Schwachpunkt der originellen Konstruktion; denn eines ist sicher: Strafbestimmungen ge- und verbieten bestimmte Verhaltensweisen im Interesse der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter. Die für rechtlich relevante Obliegenheiten maßgebliche Nachtatsituation haben sie indessen regelungstechnisch überhaupt nicht im Blick.

-- Schließlich muss auch der Versuch des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, das Begriffselement der Arglosigkeit in bestimmten Notwehrkonstellationen aus normativen Erwägungen einschränkend auszulegen,²⁶ als gescheitert angesehen werden.²⁷ In seinem Chantage-Urteil hatte der Senat die These aufgestellt, dass derjenige, der eine Notwehrlage auslöst, mit einem Gegenangriff rechnen müsse und daher unbeschadet seiner tatsächlichen inneren Befindlichkeit nicht arglos sei, wenn ihn der ursprünglich Angegriffene in Überschreitung seines Notwehrrechts tötet.²⁸ Folgt man diesem am Opferverhalten anknüpfenden Ansatz, wäre es zudem sachgerecht, eine normative Einschränkung des Mordmerkmals über das Begriffselement der Arglosigkeit nicht nur in Notwehrlagen, sondern auch in den Fällen des rechtfertigenden Defensivnotstands zu befürworten.²⁹ Damit wäre eine sachgerechte

²³ *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, S. 283 ff.

²⁴ *Zorn*, Heimtücke, S. 298.

²⁵ *Zorn*, Heimtücke, S. 305-312.

²⁶ BGHSt 48, 207 ff.

²⁷ Siehe dazu MüKo-Schneider § 211 Rn 159.

²⁸ BGHSt 48, 207 (209-212).

²⁹ AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 54; *Schneider* NSTz 2003, 428 (430 f.); *Otto* NSTz 2004, 142 (143); *Rengier* NSTz 2004, 233 (236 f.); *Hillenkamp* JZ 2004, 48 (50); *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 137.

Lösung der im Heimtückekontext vielfach erwähnten Sachverhalte der Tötung eines „Famili-entyrannen“ möglich.

Rechtspraktisch vermochte sich der 1. Strafsenat mit seinem Vorschlag zur sektoralen Normativierung der Arglosigkeit nicht durchzusetzen. Der entscheidende Schwachpunkt dieses Lösungsweges liegt darin, dass der Senat an der real-psychologischen Ausdeutung der Arglosigkeit festhalten möchte und eine normative Überformung des Begriffs allein in Sonderkonstellationen der Notwehr befürwortet. Dies ist freilich nicht angängig; denn das Notwehrrecht vermag zur Auslegung eines im Kern faktisch verstandenen Begriffs der Arglosigkeit rechtsdogmatisch nichts Weiterführendes beizutragen.³⁰ Vielmehr gilt es hervorzuheben, dass bei herkömmlichem Verständnis der Heimtücke die Opferseite in Gestalt des Kriteriums der Arglosigkeit von vornherein kein tauglicher Ansatzpunkt für eine Einschränkung des Mordmerkmals ist.³¹

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Arglosigkeit des Opfers nach herrschender Ansicht rein faktisch nach Maßgabe der Situationseinschätzung des angegriffenen Tatopfers bestimmt wird. Normative Überformungen sind systemwidrig und deplatziert.³²

c: Der zeitliche Bezugspunkt der Arglosigkeit ist grundsätzlich der Beginn der ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffshandlung.³³ Danach muss sich das Opfer beim Eintritt der Tat in das Versuchsstadium im Zustand der Arglosigkeit befunden haben (Koinzidenzprinzip).³⁴ Ein nachfolgender Fortfall der Arglosigkeit des sich zur Wehr setzenden Opfers spielt demgegenüber rechtlich keine Rolle.³⁵ Allerdings greift das Mordmerkmal der Heimtücke dann nicht, wenn der Täter das Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz attackiert und erst im Zuge der länger andauernden Auseinandersetzung zur Tötung des nun nicht mehr arglosen Kontrahenten übergeht.³⁶

Die Rechtsprechung lässt in folgenden Fallgruppen Ausnahmen vom heimtückespezifischen Koinzidenzprinzip zu:

-- Erkennt das Opfer den ihm drohenden Angriff erst im letzten Moment vor Eintritt der Tötungshandlung in das Versuchsstadium, wird ihm Arglosigkeit zugebilligt, sofern ihm aufgrund der Schnelligkeit des Geschehensverlaufs keine Möglichkeit verbleibt, dem Tötungs-

³⁰ Küper GA 2006, 310 (321 f.); Zaczyk JuS 2004, 750 (752); Hillenkamp, FS Rudolphi, S. 463 (476 f.).

³¹ Roxin, FS Widmaier, S. 741 (750); MüKo-Schneider § 211 Rn 159.

³² Weiterführend MüKo-Schneider § 211 Rn 159.

³³ BGHSt 7, 218 (221); BGHSt 32, 382 (384); BGH NSTZ 1993, 438; BGH NSTZ 2003, 146 (147); BGH NSTZ 2009, 29 (30); Fischer § 211 Rn 37; NK-Neumann § 211 Rn 64; Rengier BT/II § 4 Rn 24.

³⁴ BGHSt 32, 382 (384 f); BGH NSTZ-RR 1996, 98; BGH NSTZ-RR 2001, 14; BGH JR 1991, 380; AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 50; MüKo-Schneider § 211 Rn 163; Rengier BT/II § 4 Rn 24.

³⁵ BGH NSTZ 2002, 146 (147); BGH NSTZ 2006, 96; Fischer § 211 Rn 37; NK-Neumann § 211 Rn 67.

³⁶ BGHSt 19, 323 (324); NK-Neumann § 211 Rn 65; Küper JuS 2000, 740 (742).

vorhaben zu begegnen.³⁷ Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Angriff von vornherein in Tötungsabsicht geführt wird oder aber ob der ursprüngliche „bloße“ Körperverletzungs- oder Vergewaltigungswille derart schnell in Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt andauert. In beiden Fällen ist die Annahme von Arglosigkeit sachgerecht, weil der vom tödlichen Angriff Überraschte ungeachtet des strafrechtlich anders gelagerten Auftakts der Gewaltaktion keine Chance zur Gegenwehr hat. Freilich darf der Zeitraum zwischen Erkennen des Angriffs und Versuchsbeginn der Tat nicht allzu großzügig bemessen werden, andernfalls Gefahr besteht, den dogmatisch an sich vorgezeichneten Bezugspunkt der Arglosigkeit allzu stark zurückzudrängen.³⁸

-- Die Tötung Schlafender soll nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung dem Mordmerkmal der Heimtücke unter Vorverlagerung des zeitlichen Anknüpfungspunktes der Arglosigkeit unterfallen, obschon das schlafende Opfer im Moment des Vollzugs der Tat handlung ganz gewiss nicht im sachgedanklichen Mitbewusstsein davon ausgeht, ihm drohe nichts Böses. Der Bundesgerichtshof rechtfertigt seine Sichtweise unter Hinweis darauf, dass sich der zum Schlaf Bereite in aller Regel in dem Vertrauen niederlege, ihm werde nichts geschehen. Diese Bewusstseinslage nehme er mit in den Schlaf.³⁹ Ausgehend von dieser gedankenlyrischen Wendung gelangt der Bundesgerichtshof zu der Einschätzung, dass die Tötung eines Bewusstlosen nicht heimtückisch erfolgen könne, weil diesen die Besinnungslosigkeit schnell und unerwartet überkomme.⁴⁰

-- Geradezu markant wirkt der Bruch mit dem heimtückespezifischen Koinzidenzprinzip in den eingangs erwähnten Fällen des Lockens der Opfer in einen Hinterhalt. Hier setzt die Beurteilung der Bewusstseinslage des Angegriffenen weit im Vorfeld des Eintritts der Tat in das Versuchsstadium an. Die zur Rechtfertigung dieser Vorverlagerung bemühten Argumentationsfiguren des „Vertrauensbruchs“ sowie der „Tücke“ wirken verfehlt; als Auslegungskriterien werden sie von der Rechtsprechung im Übrigen nicht akzeptiert.⁴¹ Streng genommen können derartige Sachverhalte der Basisdefinition der Heimtücke und den ihr zugrunde liegenden Wertungen nicht einmal ansatzweise subsumiert werden. Vor diesem Hintergrund sollte das Mordmerkmal strafrechtsdogmatisch dadurch Entlastung erfahren, dass die zwei-

³⁷ BGH NSTZ-RR 1997, 168; BGH NSTZ-RR 2004, 14 (16); BGH NSTZ-RR 2005, 309 f.; BGH NSTZ 2006, 167 (169); BGH NSTZ 2006, 502 (503); BGH NSTZ 2012, 35; LK-*Jähnke* § 211 Rn 42; MüKo-*Schneider* § 211 Rn 151, 163; *Rengier* BT/II § 4 Rn 24.

³⁸ MüKo-*Schneider* § 211 Rn 151.

³⁹ BGHSt 23, 119 (120 f.); BGHSt 48, 255 (256); BGH NSTZ 2006, 338 (339). Siehe hierzu *Rengier* MDR 1980, 1 (6); *Haverkamp* GA 2006, 586 (589) sowie MüKo-*Schneider* § 211 Rn 173.

⁴⁰ BGHSt 23, 119 (120); BGH NSTZ 2008, 569. Zustimmend *Rengier* BT/II § 4 Rn 29a. Kritisch zur Differenzierung zwischen der Tötung Schlafender und Bewusstloser *Fischer* § 211 Rn 42a; NK-*Neumann* § 211 Rn 57; *Dreher* MDR 1970, 248 (249 f.); *Kutzer* NSTZ 1994, 110 (111); *Otto* JURA 1994, 141 (149); *Grünewald*, Tötungsdelikt, S. 128 Fn 550.

⁴¹ Eingehend zur Kritik MüKo-*Schneider* § 211 Rn 166.

felsohne höchststrafwürdige Tötung des in einen Hinterhalt gelockten Opfers nach § 212 Abs. 2 StGB mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet wird.⁴²

d: Das Mordmerkmal der Heimtücke lässt nicht allen hilflosen Personen gesteigerten Strafrechtsschutz angedeihen. Tatbestandlich erfasst sind lediglich Fälle, in denen der Täter entweder die von ihm listig vorgestaltete oder aber lediglich vorgefundene situative Schutzlosigkeit des Opfers zur Tötung ausnutzt. Demgegenüber wird die Tötung von kleinen Kindern bis zum Alter von drei Jahren,⁴³ von nicht mehr ansprechbaren und vor sich hindämmernden Kranken⁴⁴ sowie von Besinnungslosen⁴⁵ grundsätzlich nicht als heimtückisch erachtet, weil diese Personen im Zeitpunkt der Tat nicht arglos sind. Zur Begründung dieses Ergebnisses verweist der Bundesgerichtshof darauf, dass Voraussetzung von Arglosigkeit die Fähigkeit zum Argwohn ist. Ausgehend hiervon können Angehörige der vorgenannten Opfergruppen an sich nicht heimtückisch getötet werden; denn sie sind angesichts ihrer konstitutionellen Beschaffenheit grundsätzlich nicht in der Lage, einen ihnen drohenden Angriff als Auslöser möglicher Verteidigungsaktivitäten wahrzunehmen und in Selbstschutzmaßnahmen umzusetzen.⁴⁶

Von diesem Grundsatz lässt der Bundesgerichtshof Ausnahmen zu. Überwindet der Täter bei Tötung eines Kleinkindes dessen natürliche Abwehrinstinkte – etwa indem er bitter schmeckendes Gift in süßen Brei verrührt und diesen dem Kind verabreicht – so ist das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt, weil die subtile Vorgehensweise des Täters auf die Überwindung ansonsten erwarteter Selbstschutzhandlungen des Kindes in Form des Ausspeiens bitterer Nahrung gerichtet war.⁴⁷ Weitaus praxisrelevanter ist hingegen die Bejahung des Mordmerkmals in Fällen der Tötung konstitutionell Wehrloser durch das Ausschalten oder Überwinden schutzbereiter Dritter, die als arglose Beschützer ihrerseits bereit und fähig sind, derartige Angriffe abzuwehren.⁴⁸ Schlägt beispielsweise der Täter den Betreuer eines

⁴² Siehe dazu MüKo-Schneider § 211 Rn 166.

⁴³ BGHSt 3, 330 (332); BGHSt 4, 11 (12 f.); BGH NSTz 2006, 338 (339); AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 53; LK-Jähnke § 211 Rn 42; NK-Neumann § 211 Rn 56. Kritisch hierzu Müssig, Mord, S. 409-411 sowie Arzt/Weber/Hilgendorf BT § 2 Rn 47. Sie weisen darauf hin, dass zumindest in Garantenverhältnissen eine abweichende Lösung angezeigt sei. Eingehend hierzu Grünwald, Tötungsdelikt, S. 127-129, 178-183.

⁴⁴ BGH NSTz 1997, 490 (491); BGH NSTz 2008, 93 (94); LK-Jähnke § 211 Rn 42; Rengier BT/II § 4 Rn 27; Küper JuS 2000, 740 (744).

⁴⁵ BGH NJW 1966, 1823 f.; AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 52; Fischer § 211 Rn 42b; LK-Jähnke § 211 Rn 42; Rengier BT/II § 4 Rn 30; Küper JuS 2000, 740 (744 f.).

⁴⁶ BGHSt 2, 11 (12); BGHSt 8, 216 (218); LK-Jähnke § 211 Rn 42; MüKo-Schneider § 211 Rn 168; NK-Neumann § 211 Rn 54, 56; Küper JuS 2000, 740 (744). Kritisch hierzu vor allem Gössel/Dölling BT/1 § 4 Rn 100 sowie auch Fischer § 211 Rn 43. Eingehend zum Ganzen Grünwald, Tötungsdelikt, S. 127-129.

⁴⁷ BGHSt 8, 216 (218 f.); AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 53; Fischer § 211 Rn 43; Küper JuS 2000, 740 (744). Kritisch hierzu LK-Jähnke § 211 Rn 42; NK-Neumann § 211 Rn 58; Rengier MDR 1980, 1 (6).

⁴⁸ BGHSt 3, 330 (332); BGHSt 8, 216 (219); BGHSt 32, 382 (387); AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 53; Fischer § 211 Rn 43a; MüKo-Schneider § 211 Rn 170; NK-Neumann § 211 Rn 59; Rengier BT/II § 4 Rn 30 f. Zur Tötung bewusstloser Patienten im Krankenhaus siehe BGH NSTz 1997, 490 (491); BGH NSTz 2008, 93 (94); BGH StV 2009, 524 (525); MüKo-Schneider § 211 Rn 171; NK-Neumann § 211 Rn 59; Rengier BT/II § 4 Rn 30b.

Kleinkinds überraschend nieder⁴⁹ oder lockt er auf dem Spielplatz dessen Mutter vom Tatort weg⁵⁰, um das Kind ohne Überwindung nennenswerter Hürden anschließend töten zu können, greift das Mordmerkmal der Heimtücke, weil dieses weder sprachlich noch teleologisch dazu zwingt, das Begriffselement der Arglosigkeit allein auf das Tatopfer zu beziehen.⁵¹ Im Ergebnis kommt konstitutionell wehrlosen Personen zumindest in diesem schmalen Randbereich der gesteigerte Strafrechtsschutz des § 211 StGB zugute.

e: Als Zwischenergebnis einer naturgemäß nur cursorischen Durchmusterung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum heimtückespezifischen Begriffselement der Arglosigkeit drängt sich zuvörderst die Komplexität seiner Ausdeutung auf. Freilich erscheinen die im strafrechtlichen Schrifttum hiergegen erhobenen Vorwürfe der in eine „tostlose Misere“ mündenden „Flickschusterei“ überzogen.⁵² Bei redlichem Bemühen ist es rechtspraktisch möglich, die Kernaussagen des Merkmals zu erkennen und sachgerecht zu handhaben. Pointiert: Die Rechtsprechung zur Heimtücke ist nicht unübersichtlicher als die zum Vermögensschaden bei Betrug und Untreue.

Abzulehnen ist freilich der Ansatz, die vom Täter listig herbeigeführte Schutzlosigkeit des Opfers – etwa durch dessen Locken in einen Hinterhalt – der Heimtücke zu subsumieren. Die weitgehend akzeptierte Basisdefinition des Mordmerkmals bietet hierfür keinen Raum, weil der Grund für die strafscharfende Bewertung heimtückischer Tötungen auf dem opferorientierten Gedanken der Überraschung des Angegriffenen in hilfloser Lage und nicht auf dem täterzentrierten der List bei Vorgestaltung der Tat basiert. Allerdings verdienen listig agierende Täter wertungsmäßig gleichermaßen die Höchststrafe. Angesichts dessen sollte die Rechtsprechung die vorgenannten Sachverhalte ebenso wie die der Tötung Schlafender aus dem Mordmerkmal ausgliedern, um sie allesamt nach § 212 Abs. 2 StGB angemessen zu ahnden. Freilich bedingt dies eine Neuausrichtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Totschlag im besonders schweren Fall.

IV. Kritik am Mordmerkmal der Heimtücke

1. Stoßrichtung der Einwände

Teile des strafrechtlichen Schrifttums wenden sich gegen die vorstehend skizzierte höchstrichterliche Interpretation des Mordmerkmals der Heimtücke. Die Kritik nimmt nahezu durch-

⁴⁹ Siehe dazu BGH NStZ-RR 2006, 43.

⁵⁰ MüKo-Schneider § 211 Rn 170.

⁵¹ AnwK-StGB-Mitsch § 211 Rn 53; MüKo-Schneider § 211 Rn 170; SK-StGB-Sinn § 211 Rn 41.

⁵² Siehe dazu Kargl StraFO 2001, 365 (379); Otto NStZ 2004, 142 (143). Weiterführend Grünwald, Tötungsdelikt, S. 123 f.

gänglich ihren gedanklichen Ausgangspunkt am Begriffselement der Arglosigkeit des Tatopfers.

-- Gegen den herkömmlichen Ansatz, den Sanktionensprung vom Totschlag zum Mord argumentativ auf das bewusste Ausnutzen des tatsituativen Überraschungsmoments zu stützen, wird der Vorwurf erhoben, dass allein diese Art der Tatausführung eine zu lebenslanger Freiheitsstrafe führende Unrechtssteigerung des Tötungsverbrechens prinzipiell nicht rechtfertigen könne. Entscheidend sei, dass heimliches Vorgehen in Gestalt des Ausnutzens von Schwächen des Opfers das Regelbild der vorsätzlichen Tötung darstelle. Die darin zu Tage tretende bloße Erhöhung der Effektivität der Tathandlung sei das „normale“ Streben des um Erfolgssicherheit des Angriffs bemühten Täters. Ausgehend hiervon sei es verfehlt, das gleichsam Alltägliche strafscharfend in Ansatz zu bringen.⁵³

-- Die das Mordmerkmal der Heimtücke stützende Annahme, in der überraschenden Tötung eines schutzlosen Opfers verdeutliche sich eine besondere Gefährlichkeit der Tat, wird in Fortführung des zuvor präsentierten Monitums als verfehlt erachtet. Es wird vorgebracht, dass derjenige, der das Opfer unerwartet tötet, allein dessen allgemeines Vertrauen in das Legalverhalten der Rechtsgenossen enttäusche.⁵⁴ Hierin könne – anders als beispielsweise bei der gezielten Ausnutzung eines vom Täter zuvor gezielt geschaffenen Vertrauens in dessen Redlichkeit – keine normativ relevante Steigerung des Unrechts des vorsätzlichen Tötungsdelikts erkannt werden. Mit Blick auf die Gefährlichkeit des Täters sei nicht einzusehen, weshalb das von § 211 Abs. 2 StGB erfasste listige Vorgehen des Heimtückemörders strenger geahndet werden soll als der insoweit tatbestandlich irrelevante, indessen häufig gleichermaßen erfolgsträchtige brachiale Angriff des dem Opfer körperlich deutlich überlegenen Täters.⁵⁵

-- Eine ähnlich ausgerichtete Variante der beiden zuvor referierten Vorwürfe zielt mit einem argumentum ad absurdum darauf ab, die herkömmliche Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke als kategoriale Verzeichnung einer normativ sinnvollen Ausrichtung strafbewehrter Bestimmungsnormen zu entlarven. Hierzu wird vorgebracht, dass die am Kriterium der Überraschung des Opfers orientierte Norminterpretation die zur Anordnung lebenslanger Freiheitsstrafe führende Unrechtssteigerung auf das gesellschaftlich überholte Modell eines offenen – gleichsam mit Ansage geführten – Duells als normativen Normalfall der Tötung zurückführe.⁵⁶ Ein solches Auslegungsprogramm sei sachwidrig, weil es dem zur Tötung entschlossenen Täter zumute, sein Vorhaben zur Vermeidung der Höchststrafe ritterlich of-

⁵³ Otto JURA 1994, 141141 (149); Jescheck JZ 1957, 386 (387); Grünwald, Tötungsdelikt, S. 125 f.

⁵⁴ M.-K. Meyer JR 1979, 441 (444); Jakobs JZ 1984, 996 (997).

⁵⁵ Jakobs JZ 1984, 996 (997); Grünwald, Tötungsdelikt, S. 126; Müssig, Mord, S. 301 f..

⁵⁶ Grundlegend Thomas, Geschichte des Mordparagraphen, S. 269 f. Ähnlich Otto JURA 1994, 141 (147) sowie Geilen, GS Schröder, S. 235 (248, 258 f.).

fen – also unter Verzicht auf situativ mögliche Steigerung der Erfolgsträchtigkeit der überraschenden Tathandlung – durchzuführen.⁵⁷ Ein derartiger Normbefehl mutet – so muss dieser Ansatz konsequent zu Ende gedacht werden – deswegen befremdlich an, weil er darauf hinausläuft, das normative Normalbild der vorsätzlichen Tötung nach § 212 Abs. 1 StGB auf ein Vorgehen unter Verzicht auf das Optimum der Effektivität der Tatdurchführung zu reduzieren.

-- Schlussendlich gilt es zu erwähnen, dass das herkömmliche Verständnis der Heimtücke gendertypisch angehauchten Einwänden ausgesetzt ist. Ausgehend von der Beobachtung, dass listiges Vorgehen häufig die Waffe der Schwachen ist,⁵⁸ wird gegen die herkömmliche Auslegung des Mordmerkmals eine Benachteiligung von Frauen gegenüber ihnen körperlich hoffnungslos überlegenen Kontrahenten eingewendet.⁵⁹ Während Männer vielfach offen gewaltsam töten können, ohne Mörder zu sein, sind Frauen ob ihrer körperlichen Unterlegenheit zur Realisierung ihres Tötungsplans häufig darauf angewiesen, heimlich vorzugehen. Dieses gleichsam „gerechtigkeitsmotivierte“ Gleichstellungsargument wird namentlich in Fällen der Tötung von „Familiencyrannen“ im Schlaf gegen die Sachgerechtigkeit der strafscharfenden Bewertung überraschender Tötungen situativ schutzloser Opfer angeführt.⁶⁰

2. Schlussfolgerungen aus der Kritik des Mordmerkmals

Die Kritiker der herkömmlichen Auslegung des Mordmerkmals der Heimtücke ziehen aus ihren Einwänden unterschiedliche Konsequenzen. Viele Autoren plädieren dafür, den gängigen Heimtückebegriff einer grundlegenden Revision zu unterziehen und ihn durch andere, deutlich restriktive Auslegungskonzepte zu ersetzen:

-- Zahlreiche Anhänger hat der Versuch gefunden, die Annahme einer heimtückischen Tötung vom Vorliegen eines Vertrauensbruchs abhängig zu machen. Danach soll nicht (allein) das bloße Überraschungsmoment, sondern das erwartungswidrige Ausnutzen von Vertrauen, welches das Opfer dem Täter vor der Tat entgegengebracht hat, für die Qualifizierung eines Totschlags als Mord ausschlaggebend sein.⁶¹ Offen und zwischen den Verfechtern dieses Ansatzes umstritten ist allerdings, wie das dem Täter entgegen gebrachte Vertrauen des Opfers im Einzelnen beschaffen sein muss, um tatbestandliche Relevanz entfalten zu können. Während einige Autoren den Vertrauensbegriff faktisch ausrichten, streiten andere

⁵⁷ Otto JURA 1994, 141 (147).

⁵⁸ Prägnant hierzu Jescheck JZ 1957, 386 (387) sowie Geilen JR 1980, 309 (312) und Müssig, Mord, S. 302.

⁵⁹ Siehe hierzu Frommel StV 1987, 292 (293); Rengier NSTz 2004, 233 (234) sowie Grünwald, Tötungsdelikt, S. 125 iVm S. 26-30.

⁶⁰ Rengier NSTz 2004, 233 (234); Grünwald, Tötungsdelikt, S. 125; jeweils unter Bezugnahme auf BGHSt 48, 255 ff.

⁶¹ Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn 26; Hassemer JuS 1970, 626 (630); Langer JR 1993, 133 (139 f.); Jakobs JZ 1984, 996 (997); Otto ZStW Bd. 83 (1971), S. 39 (63 f.); Schaffstein, FS H. Mayer, S. 419 (427-429); Lange, GS Schröder, S. 217 (233).

für dessen normative Fassung.⁶² Innerhalb der letztgenannten Gruppe wird vielfach der Missbrauch sozial-positiver Verhaltensmuster als qualifikationsträchtiger Umstand ausgemacht;⁶³ vereinzelt wird verlangt, dass der Täter durch sein Verhalten beim Opfer nach Fassung des Tatentschlusses gezielt Vertrauen hervorruft, um es anschließend zur Tötung auszunutzen.⁶⁴

Der Bundesgerichtshof hat den Vorschlag, das Mordmerkmal der Heimtücke mit Hilfe des Definitionselements eines als besonders verwerflich empfundenen Vertrauensbruchs zu konkretisieren, abgelehnt.⁶⁵ Zu Recht: Zum einen weisen die darauf gestützten Konzeptionen bereits für sich betrachtet wertungsmäßige Unstimmigkeiten auf,⁶⁶ zum anderen ist der vieldeutige Vertrauensbegriff für eine sachgerechte Präzisierung der Heimtücke deswegen ungeeignet, weil er in kriminalpolitisch bedeutsamen Fällen - etwa bei Attentaten aus dem Hinterhalt - zu sachwidrigen Ergebnissen führt.⁶⁷ Daher bleibt zu konstatieren, dass Modelle des Vertrauensbruchs keine sinnvolle Alternative zur gängigen Handhabung des Mordmerkmals der Heimtücke abgeben.

-- Gleiches gilt im Ergebnis für den im strafrechtlichen Schrifttum zuweilen propagierten „Tücke-Ansatz“. Danach soll Heimtücke ein hinterhältiges, verschlagenes Verhalten umschreiben. Dieses soll sich dadurch auszeichnen, dass der Täter bestimmte Tatumstände planmäßig zur Tatbegehung nutzt.⁶⁸ Im Einzelnen bleibt freilich unklar, worin genau mordspezifische Tücke zu erblicken ist.⁶⁹ Diese mit verwerflichkeitstypischen Kraftworten aufgeladene Ausdeutung des Mordmerkmals kann rechtlich nicht überzeugen, weil sie mit den Begriffen der „Tücke“ und „Verschlagenheit“ Wertungsbegriffe benennt, die im Einzelfall schwer handhabbar sind.⁷⁰ Zudem mündet die subjektive Überformung des tatbezogenen Mordmerkmals der Sache nach in eine die Gleichförmigkeit der Rechtsanwendung unterminierende negative Typenkorrektur.⁷¹ Nicht zuletzt deswegen hat der Bundesgerichtshof den Tücke-Ansatz verworfen.⁷²

-- Vor dem Hintergrund der Alternativlosigkeit des freilich als verfehlt erachteten herkömmlichen Heimtückeverständnisses plädieren einige Autoren dafür, die Heimtücke aus dem Ka-

⁶² Siehe dazu *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 130 f.

⁶³ Grundlegend hierzu *Schmidhäuser* JR 1978, 265 (269 f.); *M.-K. Meyer* JR 1979, 485-487. Siehe auch *Schönke/Schröder/Eser* § 211 Rn 26.

⁶⁴ Siehe etwa *Jakobs* JZ 1984, 996 (997).

⁶⁵ BGHSt 30, 105 (115 f.).

⁶⁶ Näher hierzu *MüKo-Schneider* § 211 Rn 205; *Rengier* MDR 1980, 1 (4 f.); *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 133 f.

⁶⁷ *AnwK-StGB-Mitsch* § 211 Rn 58; *LK-Jähne* § 211 Rn 48; *MüKo-Schneider* § 211 Rn 201, 206; *NK-Neumann* § 211 Rn 49; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 132 f.; *Roxin*, FS Widmaier, S. 741 (747); *Rengier* MDR 1980, 1 (5); *Arzt* JR 1979, 7 (11).

⁶⁸ *NK-Neumann* § 211 Rn 70-72; *Welzel* Lb S. 283; *Lackner* NSTZ 1981, 348 (349); *Spendel* JR 1983, 269 (272 f.); *Schmoller* ZStW Bd. 99 (1987), S. 389 (410 ff.); *Hillenkamp*, FS Rudolphi, S. 463 (477-480).

⁶⁹ Eingehend *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 134 f.

⁷⁰ Siehe dazu *Müssig*, Mord, S. 303 f.

⁷¹ *MüKo-Schneider* § 211 Rn 199.

⁷² BGHSt 11, 139 (144 f.).

non der Mordmerkmale definitiv zu verbannen. Namentlich *Grünwald* und *Müssig* vertreten in ihren Habilitationsschriften zu den Tötungsdelikten die Ansicht, dass sich eine den Sanktionsprung vom Totschlag zum Mord rechtfertigende Steigerung des Unrechtsgehalts einer vorsätzlichen Lebensvernichtung auf die wie auch immer verstandene heimtückische Begehungsweise des Täters nicht stützen lasse.⁷³ Aus ähnlichen Gründen haben auch die Verfasser des Alternativ-Entwurf 2008 auf ein Mordmerkmal der Heimtücke verzichtet. Ob diese Rigidität rechtlich wirklich vorgezeichnet und zudem kriminalpolitisch überhaupt verträglich ist, erscheint indessen zweifelhaft.

3. Zum Gehalt der Einwände

a: Lässt man die vorstehend referierten Einwände gegen das Mordmerkmal der Heimtücke nochmals Revue passieren, scheint nichts für dessen Beibehaltung zu sprechen. Nicht nur die von ihm ausgehende Benachteiligung der Schwachen auf Täter- und Opferseite, sondern vor allem die immer wieder vorgebrachte Behauptung, die mit dem Überraschungsmoment erstrebte Steigerung der Erfolgssicherheit der Tat durch das Unterlaufen andernfalls naheliegender Verteidigungsaktivitäten des Opfers sei kein das Unrecht der Tötung signifikant erhöhender Umstand, lässt die Forderung der Abolitionisten sachgerecht erscheinen. Indessen erweisen sich deren so charmante Thesen bei näherem Zusehen für eine gesamtgesellschaftlich konsensfähige und zudem rechtspolitisch aussichtsreiche Reform der Tötungsdelikte als wenig geeignet. Hierzu in aller Kürze nur so viel:

-- Der zentrale Einwand derjenigen, die für die ersatzlose Streichung des Mordmerkmals der Heimtücke eintreten, zielt auf die Ubiquität der hiervon erfassten Handlungsweisen ab. Der funktionale Einsatz des Überraschungsmoments zur Steigerung der Erfolgssicherheit der Tat sei alltäglich; denn nahezu jeder Täter sei darauf bedacht, irgendeine Schwäche seines Opfers - sei es in Gestalt situativer Schutzlosigkeit, sei es in Form körperlicher Unterlegenheit - auszunutzen.⁷⁴

Dieses Monitum ist rechtspraktisch weitgehend unausgewiesen. Träfe es zu, müsste die Zahl der als Mord abgeurteilten Tötungsverbrechen die nach § 212 StGB geahndeten Taten deutlich übersteigen. Vor allem müsste jedenfalls das Gros der von § 211 Abs. 2 StGB erfassten Sachverhalte dem Mordmerkmal der Heimtücke unterfallen; denn diese soll (angeblich) den Normalfall der vorsätzlichen Tötung ausmachen. Beides trifft freilich nicht zu. Rich-

⁷³ *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 138; *Müssig*, Mord, S. 301 f.

⁷⁴ Siehe dazu nochmals statt vieler *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 125 f.

tig ist, dass Heimtücke im Gerichtsalltag quantitativ eine durchaus belangvolle, aber eben keine überragende Rolle spielt. Angesichts dessen ist bereits die Basis der heimtückekritischen Positionen fragwürdig.

Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass listiges Vorgehen nicht allein in § 211 Abs. 2 StGB, sondern auch in anderen Straftatbeständen strafscharfend bewertet wird. Erwähnenswert ist insoweit vor allem die Strafbestimmung des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Dieser Umstand spricht dafür, dass List gemeinhin als eine besonders gefährliche Verhaltensweise angesehen wird; ihr wird auf breiter Front mit der ganzen Härte des Gesetzes entgegen gewirkt. Vor diesem Hintergrund ist nichts dagegen zu erinnern, listige und ähnlich gelagerte Tatausführungsmodalitäten einer Tötung als Kern der Heimtücke einzustufen. Ob weitergehende Angriffsformen ebenfalls hierunter fallen sollen, muss im Zuge der Auslegung des Mordmerkmals geklärt werden. Dessen aktuelle Interpretation ist keineswegs in Stein gemeißelt. Es ist durchaus vorstellbar, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung im Interesse einer schärferen Konturierung der Heimtücke Korrekturen vornimmt.

-- Gleichermaßen Schwächen zeigt die auf den ersten Blick anschauliche These, das herkömmliche Heimtückekonzept huldige der gesellschaftlich seit langem überholten Idee eines duellartigen Zweikampfs dadurch, dass es diesen als Normalfall der vorsätzlichen Tötung im Sinne des § 212 Abs. 1 StGB ausweise und davon ausgehend subtilere Vorgehensweisen als qualifizierte Verbrechen begreife. Das geschickt gewählte Bild des Zweikampfs verzeichnet den gedanklichen Ansatzpunkt der strafscharfenden Bewertung heimtückischer Tötungen, indem es mit einem rhetorischen Kniff von den Besonderheiten des Mordmerkmals ablenkt. Diese liegen darin, dass der heimtückisch vorgehende Täter durch die Art der Tatausführung nach Perfektionierung seines Tötungsverbrechens strebt. Nachgerade deshalb wird der die Erfolgsträchtigkeit der Tat gezielt steigernde Mörder gegenüber dahinter zurückbleibenden (Spontan-)Tätern des § 212 StGB als besonders gemeinschaftsbedrohlich wahrgenommen.

-- Der Vorwurf, das Mordmerkmal der Heimtücke benachteilige Schwache, weil diese gegenüber stärkeren Kontrahenten vielfach zum Mittel der List greifen müssten, um ihr Tötungsvorhaben realisieren zu können, erfreut sich in jüngster Zeit allergrößter Beliebtheit. Namentlich Fälle der rechtspraktisch eine forensische Rarität darstellenden Tötung von „Familiencyrannen“ müssen dazu herhalten, die Heimtücke als „ungerechten“ Strafschärfungsgrund zu entlarven.

Die dem Einwand zugrunde liegende Beobachtung ist gewiss nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere Frauen werden häufig nicht umhin kommen, ihnen körperlich überlegene

Männer im Schlaf oder unter Einsatz von Gift zu töten. Aber taugt diese Erkenntnis wirklich für eine Eliminierung der Heimtücke aus dem Kanon der Mordmerkmale? Bei genauer Betrachtung wird das Merkwürdige des Gedankenganges deutlich. Richtig verstanden und konsequent zu Ende gedacht läuft er auf die Forderung hinaus, jedermann müsse von Rechts wegen die Chance haben, töten zu können, ohne Mörder zu sein. Ein solches Postulat wirkt natürlich befremdlich. Sein Grundgebrehen liegt darin, das Mordmerkmal aus der Warte des Täters anzugehen und darauf gestützt Handlungsspielräume zu dessen Gunsten einzufordern, obschon Heimtücke an sich konzeptionell opferzentriert begriffen werden muss. Der vordergründig gerechtigkeitsmotivierte Perspektivenwechsel ist systemfremd. Er führt argumentativ in eine Sackgasse und sollte deshalb im Reformkontext nicht weiterverfolgt werden. Allerdings trifft es zu, dass bestimmte Formen der heimtückischen Tötung nicht zwingend mit lebenslanger Freiheitsstrafe belegt werden müssen. Insbesondere in den „Familiентыранен“-Fällen, aber auch in sonstigen Konstellationen des unvollkommenen Vorliegens von Rechtfertigungsgründen (Chantage-Fall des 1. Strafsenats) ist es angesichts der dadurch bewirkten Absenkung des Tötungsunrechts angezeigt, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus des § 211 StGB aufzubrechen. Dies könnte dadurch geschehen, dass für solche Sachverhalte in einem gesonderten Absatz der Vorschrift die Möglichkeit der Verhängung zeitiger Freiheitsstrafe vorgesehen wird. Auf diesem Wege lässt sich Einzelfallgerechtigkeit effektiv und gleichermaßen systemkonform verwirklichen.

-- Schließlich spricht auch der Umstand, dass das Mordmerkmal der Heimtücke nach gängiger Auffassung die Tötung von Kleinkindern und krankheitsbedingt Handlungsunfähigen nicht erfasst, keineswegs gegen dessen Existenzberechtigung. Dass ausgerechnet die Gegner der Heimtücke diesen Einwand erheben, wirkt seltsam; denn sie selbst haben für den gesonderten Schutz dieser beiden Opfergruppen überhaupt nichts in ihrem Reformsortiment. Ungeachtet dessen bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, den Opferschutz durch Einführung weiterer Mordmerkmale zu optimieren. Ob deswegen ganze Personengruppen unter „Sonderschutz“ gestellt werden sollen, erscheint einstweilen fraglich. Aber nochmals: Derartige Diskussionen können die Legitimität des derzeit enger interpretierten Mordmerkmals der Heimtücke nicht in Frage stellen.

b: Abschließend bleibt Folgendes zu bemerken:

Es ist unbestreitbar, dass die erdrückende Mehrheit der Rechtsgenossen die Tötung Schlafender und Anschläge aus dem Hinterhalt sowie allgemein Tötungen eines hiervon überraschten Opfers von hinten nachgerade als „klassische“ Kandidaten für die Verhängung le-

benslanger Freiheitsstrafe wegen Verübung eines Mordverbrechens erachten. Gleiches gilt für Fälle, in denen das Opfer mit Gift getötet wird.

Es fällt auf, dass die Abolitionisten mit ihrem Plädoyer für die ersatzlose Streichung der Heimtücke dieses unumstößliche sozialpsychologische Faktum konsequent ignorieren. Ihnen ist es kein Anliegen, ein „Ersatzmodell“ zu präsentieren, das die prinzipielle Höchststrafwürdigkeit der vorgenannten Fallgruppen rechtspraktisch verlässlich verbürgen könnte. Die darin zutage tretende Selbstgewissheit wirkt avantgardistisch. Eine Reform des § 211 StGB, die zum Ausschluss der vorgenannten Sachverhalte aus dem Kreis der Mordtaten führt, ginge an den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen kategorial vorbei.

V. Fazit

Das Mordmerkmal der Heimtücke erfasst Fälle der vorsätzlichen Tötung, die aufgrund der Verteidigungsaktivitäten des Opfers ausschaltenden Begehensweise besonders gemeinschaftsbedrohlich erscheinen. Es ist sachgerecht, derartige Taten dem Tatbestand des Mordes zu unterstellen.

Rechtsgrundsätzlich ist gegen das Mordmerkmal der Heimtücke nichts Durchgreifendes einzuwenden. Freilich ist in Randbereichen eine restriktivere Handhabung der Vorschrift sowohl angezeigt als auch auslegungstechnisch möglich. Pars pro toto: Nicht jede überraschend durchgeführte Tötung von vorn muss automatisch als heimtückisch eingestuft werden. Andererseits ist die Tötung eines überraschten Opfers von hinten durchgängig als heimtückischer Mord einzustufen.

Eine (partielle) Neuausrichtung der Interpretation der Heimtücke kann durch Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgen. Sie kann aber auch vom Gesetzgeber durch eine stärker deskriptiv ausgerichtete Neufassung des Mordmerkmals angestoßen werden.

Sollte der Gesetzgeber Handlungsbedarf sehen, wird er mit Blick auf kaum verrückbare sozialpsychologische Befunde darauf Bedacht nehmen müssen, Fälle der Tötung schlafender und in einen Hinterhalt gelockter Personen der Strafbestimmung des § 211 StGB zuzuordnen. Gleiches gilt für von hinten geführte Attacken auf das Leben sowie für Giftanschläge. Zur Verdeutlichung des Regelungsumfangs kann der Begriff der „hinterhältigen“ Tötung dienen. Weitergehende Bestimmungen des tatbestandlichen Einzugsbereichs einer neuen Regelung handlungsmodal höchststrafwürdiger Sachverhaltskonstellationen (Locken in einen Hinterhalt; Tötung Schlafender) können enumerativ erfolgen.

Für Fälle heimtückischer Tötungen, in denen aufgrund einer signifikanten Minderung des Unrechts der Tat die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe wertungsmäßig nicht angezeigt ist, sollte der Gesetzgeber in § 211 Abs. 3 StGB zeitige Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vorsehen. Dadurch könnten namentlich Tötungen schlafender „Familiencyrannen“ sachgerecht geahndet werden.

Zur strafrechtlichen Bewertung strafvereitelungs- und bestrafungsmotivierter Tötungen de lege lata et de lege ferenda

I Einleitung

Im Zentrum der Diskussion über eine Reform der Tötungsdelikte steht die Strafbestimmung des Mordes als Qualifikationstatbestand der vorsätzlichen Tötung nach § 212 StGB. Im neueren strafrechtlichen Schrifttum wird die Existenzberechtigung des Mordes zuweilen kategorial in Frage gestellt. Dieser Sichtweise liegt die These zugrunde, dass sich unrechtsbasierte Merkmale, die den Sanktionensprung von zeitiger zu lebenslanger Freiheitsstrafe nach objektivierbaren Kriterien rechtfertigen könnten, prinzipiell nicht finden lassen.¹ Eine andere Tendenz geht dahin, unrechtssteigernde Mordmerkmale als solche zur Legitimation der Kapitalstrafe anzuerkennen, jedoch deren Trennschärfe mit der Folge in Zweifel zu ziehen, dass sie gesetzestechnisch nur als im Einzelfall widerlegbare Regelbeispiele Bestand haben können.² Nach herrschender Meinung ist es hingegen sachgerecht und vorzugswürdig, Mordmerkmale nach rationalen Leitprinzipien zu bestimmen und sie als abschließende Tatbestandselemente auszugestalten.³

Das vorstehend angeschnittene Thema der „Leitprinzipien der Mordmerkmale“ umreißt die Basis der Reformdiskussion. Es ist Gegenstand gesonderter Erörterungen der Arbeitsgruppe und soll daher an dieser Stelle nicht vertieft werden. Allerdings kann eine ratio-orientierte Analyse geltender Mordmerkmale einen Beitrag zur Bestimmung von Kriterien für die Höchststrafwürdigkeit vorsätzlicher Tötungen leisten. Ausgehend hiervon werden im Folgenden Taten erörtert, die sich dadurch auszeichnen, dass der Täter mit der Tötung von Menschen zugleich die Rechtswahrfunktion des Staates angreift. Aufschlussreich sind vor allem Fälle, in denen er tötet, um gegen ihn oder einen Dritten gerichtete Verfolgungsmaßnahmen im Anschluss an eine Straftat zu erschweren oder zu vereiteln. Angesprochen ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Gleichermäßen interessant sind Sachverhalte der rachemotivierten Tötung eines Menschen zur Ahndung vorangegangener Straftaten. Konstellationen der Tötung in selbstjustizieller Bestrafungsmotivation werfen die Frage auf,

¹ Ausführlich Grünewald, Tötungsdelikte, S. 143-215.

² Verwiesen sei insoweit auf den AE-Leben (2008).

³ Siehe dazu MüKoStGB-Schneider vor § 211 Rdnr. 193.

ob derartige Taten aufgrund ihrer anti-sozialen Ausrichtung infolge der Aneignung rein staatlicher Kompetenzen zur Ahndung strafbaren Fehlverhaltens höchststrafwürdig sind.

II. Tötungen in Verdeckungsabsicht

Wer zur Verdeckung einer anderen Straftat tötet, handelt durchgängig höchststrafwürdig – seine Tat wird deshalb mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich der Täter mit der Verdeckungstötung selbst begünstigen oder ob er dadurch einen anderen besserstellen will⁴.

1. Kriminalphänomenologische Ausgangslage

Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht ist überaus praxisrelevant; nicht selten lassen sich Täter im Anschluss an die Begehung einer Straftat und in Ansehung der ihnen drohenden Strafverfolgung hinreißen, einen anderen zur Tatverdeckung umzubringen. Häufig zu beobachten ist die Tötung von Opfern oder Tatzeugen, von deren belastenden Angaben der Täter die Aufdeckung seiner Tatbeteiligung fürchtet.⁵ Anzutreffen sind des Weiteren Fälle, in denen der auf frischer Tat erappte Täter einen Verfolger erschießt oder sonst ums Leben bringt, um unerkannt entkommen zu können.⁶ Schließlich zählen zum Kernbereich der Verdeckungstötung Gewaltaktionen gegen Angehörige der Strafverfolgungsorgane, die den Täter der Vortat überführen und der verwirkten Bestrafung zuführen sollen.⁷ Alle diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass der Täter mit der Tötung Zwecke der Strafvereitelung verfolgt und dadurch einen Zustand erstrebt, der den gesellschaftlichen Grundanschauungen über die gebotene strafrechtliche Reaktion auf kriminelles Fehlverhalten diametral zuwiderläuft.⁸

Neben den Strafvereitelungsfällen soll das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht nach Ansicht der Rechtsprechung auch Tötungen mit außerstrafrechtlichem Verdeckungszweck erfassen.⁹ Hierunter fallen Konstellationen, in denen der Täter mit Blick auf die Vortat zwar keine staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen, jedoch andere ihn bedrängende Reaktionen

⁴ BGHSt 9, 180, 182 f.; MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnr. 220; NK/Neumann § 211 Rdnr. 91.

⁵ BGHSt 15, 291, 295; BGHSt 21, 283, 284; BGHSt 27, 281; BGHSt 27, 346, 347.

⁶ BGHSt 11, 268, 270; BGHSt 15, 291, 295.

⁷ Saliger ZStW, Bd. 109, 1997, 302, 305; Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 100; Lackner/Kühl, Rdnr. 12; Wessels/Hettinger BT/1 Rdnr. 125.

⁸ Küper, JZ 1995, 1158, 1164; Otto, Jura 1994, 141, 151; Sowada JZ 2000, 1035, 1042 f.; Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 108.

⁹ BGHSt 41, 8; BGH NSTZ 1999, 615; BGH NSTZ-RR 2005, 201.

fürchtet, die er durch die Tötung des Vortatopfers oder „bedrohlicher“ Dritter unterbinden will.¹⁰ Der Bundesgerichtshof meint, dass auch derartige strafvereitelungs fremde Tötungen strukturell einen Verdeckungsmord darstellen, weil der Täter Unrecht mit weiterem Unrecht verknüpft.¹¹

2. Zur Legitimation der strafschärfenden Einordnung strafvereitelnder Verdeckungstötungen

Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht gilt in weiten Kreisen als fragwürdig. In seiner Grundsatzentscheidung zur Verfassungskonformität der lebenslangen Freiheitsstrafe hat das Bundesverfassungsgericht die Verdeckungsabsicht als ein problematisches Strafschärfungskriterium erachtet und dessen restriktive Handhabung angemahnt.¹² Namentlich die rigide Reaktion auf Tötungen in Selbstbegünstigungsabsicht hat immer wieder Bedenken gegen die Legitimität des Mordmerkmals hervorgerufen. Zunächst ist fraglich, ob jeder Verdeckungsmord tatsächlich ein höchststrafwürdiges Verbrechen darstellt. Vergegenwärtigt man sich, dass zahlreiche Verdeckungstötungen an sich schuld mildernden Konfliktsituationen entspringen, in denen der Täter unter dem Einfluss affektiver Regungen wie Furcht, Schrecken, Verwirrung oder Angst nahezu unreflektiert handelt, erscheint das undifferenzierte Verhängen lebenslanger Freiheitsstrafe unangemessen.¹³ Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass die Selbstbegünstigungsabsicht in anderen Strafbestimmungen (beispielsweise §§ 157 und 258 StGB) den Straftäter entlastet, weshalb die Regelung des § 211 Abs. 2 StGB aus vordergründiger Perspektive systemwidrig erscheint. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob die Verdeckungsabsicht zutreffenderweise als strafschärfendes Merkmal Anerkennung verdient.

a) Historische Entwicklung des Mordmerkmals

aa) § 211 RStGB bis zur Reform des Jahres 1941

Geht man der Frage nach, inwieweit das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht friktionslos in die strafrechtliche Schulddogmatik integrierbar ist, so fällt aus historischer Sicht auf, dass

¹⁰ Eingehend hierzu LK/Jähnke § 211 Rdnr. 15; MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnr. 223.

¹¹ BGHSt 41, 8, 9; BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ 1999, 615 f.; kritisch hierzu Küper JZ 1995, 1158, 1163 f.; Sowada JZ 2000, 1035, 1038-1044; AnwK-StGB/Mitsch Rdnr. 73; MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnr. 225; Rengier BT/II, § 4 Rdnr. 56.

¹² BVerfGE 45, 187, 265.

¹³ Dazu anschaulich BVerfGE 45, 187, 265; weiterhin Eb. Schmidt, Niederschriften Bd. 13, S. 154 sowie Eser, Gutachten, D 177; M. K. Meyer JR 1979, 485, 488 und Schmidhäuser JR 1978, 265, 270. Anklänge auch bei BGH StV 1988, 104, 107; besonders prägnant Schmidhäuser NStZ 1989, 55, 57.

die ursprüngliche Gesetzeslage des Jahres 1871 eine differenzierende Behandlung der Verdeckungstötung vorsah. Entscheidende Bedeutung kam insoweit der damaligen Ausgestaltung des Mordparagrafen im Verhältnis zur Regelung des Totschlags zu. § 211 RStGB bestimmte, dass wegen Mordes mit dem Tode zu bestrafen sei, wer vorsätzlich einen Menschen tötet, sofern „er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat“. Sonstige Tötungshandlungen wurden als Totschlag mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren Zuchthaus belegt. Daneben sah § 214 RStGB für denjenigen, der „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tödtet“, eine Zuchthausstrafe von mindestens zehn Jahren vor. Dieser Regelungskomplex der §§ 211, 212, 214 RStGB erlaubte infolge des Abschichtungskriteriums der „Überlegung“ eine nach heutigen Maßstäben ausgesprochen fortschrittliche Unterscheidung zwischen dem höchststrafwürdigen, gleichsam von langer Hand geplanten „Verdeckungsmord“ und dem auf einen jähen Entschluss zurückgehenden „Verdeckungstotschlag“, der seinerseits wiederum durch § 214 RStGB qualifiziert werden konnte.¹⁴ Folglich war dem RStGB in der Fassung von 1871 eine umfassende, strafscharfende Verarbeitung der Selbstbegünstigungsabsicht fremd. Darüber hinaus harmonierte das (verdeckungs-) mordspezifische Überlegungskriterium mit der damals noch vorherrschenden psychologisierenden Schuldauflassung. Denn die bei Verdeckungsstaten häufig auftretende, an sich entschuldigungsfreundliche personale Zwangslage – verursacht durch die drohende Gefahr der Strafverfolgung – wurde infolge der tatbestandsbedingten Vorverlagerung des strafrechtlich relevanten Anknüpfungspunktes durch das seinerseits psychologisch gefasste Strafschärfungsmerkmal der Überlegung praktisch überlagert. Im Ergebnis konnte die Abgrenzung zwischen „normalen“ und höchststrafwürdigen Tötungshandlungen also auf einer rein subjektiv-psychologisch verstandenen Schuldebene vorgenommen werden, weshalb sich die Selbstbegünstigungsproblematik zunächst nicht in voller Schärfe stellte.

Freilich hatte die auf die psychische Situation des sich selbst Begünstigenden Rücksicht nehmende und damit tendenziell selbstbegünstigungsfreundliche Regelung der §§ 211, 212 RStGB nicht lange Bestand. Zum einen bereitete die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag anhand des schillernden Abgrenzungsmerkmals der „Überlegung“ Schwierigkeiten. Zum anderen vermochte das psychologisierende Überlegungsmerkmal den Sanktionsprung von § 212 zu § 211 RStGB nicht überzeugend zu erklären. Denn angesichts der Tatsache, dass im Rahmen beider Bestimmungen ohnehin eine gewisse gedankliche Antizipati-

¹⁴ Ausführlich zum Überlegungskriterium Eser, Gutachten, D 26 ff. mit zahlr. Nachw. zum älteren Schrifttum; weiterhin Köhler GA 1980, 121 ff.

on der Tötung notwendig war, ließ sich die Vorwegnahme der Tat genau genommen nicht allein auf § 211 RStGB beschränken. Schließlich verursachte das Überlegungsmerkmal bei der Bestimmung der erforderlichen Intensität des Vorbedenkens der Tötung erhebliche Beweisprobleme.¹⁵

Angesichts der Krise des Absichtungskriteriums der Überlegung hatte der nationalsozialistische Gesetzgeber des Jahres 1941 in Verfolgung seiner Lehre vom Tätertyp¹⁶ leichtes Spiel, die relativ selbstbegünstigungsfreundliche, im Einzelfall flexible ursprüngliche Mordregelung zu verschärfen, indem er die Verdeckungsabsicht ohne jede situationsbedingte psychologisierende Differenzierung in den neuen Katalog der Mordmerkmale aufnahm.¹⁷ Ausschlaggebend für diese Behandlung der Selbstbegünstigung in Form des Verdeckungsmordes war nach damaliger Sichtweise die in der Tötung zutage tretende niedrige Gesinnung: Derjenige, der aus egoistischen Beweggründen bereit sei, gleichsam „über Leichen zu gehen“, handle besonders verwerflich und verdiene ohne Unterschied die zulässige Höchststrafe.¹⁸ Der damit einhergehende Verlust an wertender Unterscheidung zwischen höchststrafwürdigen und minder schweren Verdeckungstötungen entsprach vollkommen dem nationalsozialistischen Strafrechtsverständnis. Denn indem weniger die Tat, sondern vielmehr der Täter – verstanden als verallgemeinerungsfähiger Verbrechertypus – im Zentrum der strafrechtlichen Wertung stand, mussten einzelfallrelevante Umstände notwendigerweise hinter stigmatisierende, pauschale Moralverdikte zurücktreten.

bb) Nachkriegsentwicklung bis zum E 62

Der Nachkriegsgesetzgeber hat § 211 Abs. 2 StGB unverändert in das Recht der Bundesrepublik Deutschland übernommen. Somit hat das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht seit mehr als 70 Jahren Bestand.

Wenngleich durch die nivellierende Behandlung der Verdeckungsabsicht vormalige Abgrenzungs- und Beweisprobleme vermieden werden konnten, führte der weiterhin im Schuldreich angesiedelte begründungstechnische Rückgriff auf den Gedanken der „besonders verwerflichen Gesinnung“ geradezu in eine kriminalpolitische Krise dieses Mordmerkmals. Die Problematik trat in den fünfziger Jahren in voller Schärfe zutage. Dem damaligen Zeitgeist

¹⁵ Eine Zusammenstellung der Kritik findet sich bei Eser, Gutachten, D 28-30; weiterhin Arzt ZStW, Bd. 83, 1973, S. 1, 8 f.

¹⁶ Ausführlicher dazu Frommel JZ 1980, 559, 561 ff.

¹⁷ Zur Reform des Jahres 1941 Frommel, a. a. O.

¹⁸ v. Gleispach, Entwurf Gürtner, S. 385.

entsprechend wurde die individualethisch geprägte Gesinnungskonzeption der Mordmerkmale als zutreffend übernommen, freilich unter Ablehnung der nationalsozialistisch diskreditierten Lehre vom Tätertyp. Sämtliche Mordtaten nach § 211 Abs. 2 StGB wurden in Fortführung der zum Moralisieren neigenden Mordpsychologisierung unterschiedslos mit dem Etikett der „besonderen Verwerflichkeit“ versehen. Allerdings vermochte dieses auf psychologischen und gesinnungsethischen Wertungen basierende Verständnis der Mordmerkmale die strafschärfende Verarbeitung der selbstbegünstigenden Verdeckungsabsicht nicht überzeugend zu erklären. So äußerte beispielsweise Eb. Schmidt während der Beratungen der Großen Strafrechtskommission die Ansicht, dass Tötungen zur Verdeckung einer Straftat grundsätzlich keine Mordfälle seien, da sie regelmäßig so unüberlegt begangen würden, dass ihnen die Mordqualität fehle.¹⁹ Hingewiesen wurde damit auf ein kaum verständliches Auseinanderklaffen von traditioneller, ausschließlich individualpsychologisch orientierter Schulldogmatik und der damit kollidierenden Strafschärfungsentscheidung in § 211 Abs. 2 StGB. In Anbetracht dieser Friktionen entschlossen sich die am individualethischen Verwerflichkeitsdogma festhaltenden Verfasser des Entwurfs 1962 (E 62), den Verdeckungsmord nicht in den Katalog der absoluten Mordmerkmale aufzunehmen.²⁰ Freilich ließ der E 62 in § 135 Abs. 2 eine partielle Erfassung der Verdeckungstötung als Mord zu, indem bestimmt wurde, dass die mit Überlegung ausgeführten Tötungen als Mord bestraft werden könnten. Mithin rezipierte der Entwurf für den Bereich der vorsätzlichen Tötung aus Selbstbegünstigungsmotiven eine Konzeption, die im Ansatz auch schon in der vor 1941 geltenden Fassung der §§ 211 ff. RStGB vorgezeichnet war. Im Ergebnis wurde das mordqualifizierende Merkmal der Verdeckungsabsicht weitgehend dem entgegenstehenden Verwerflichkeitsdogma geopfert.

cc) Verdeckungsabsicht im AE-Leben (2008)

Die Autoren des AE-Leben (2008) haben die Verdeckungsabsicht in den Katalog der Regelmerkmale für Mord aufgenommen. Danach soll mit zeitiger oder lebenslanger Freiheitsstrafe belegt werden, wer zur Verdeckung einer anderen Straftat tötet. In den Erläuterungen des Entwurfs führen die Autoren aus, dass die Verhängung der Höchststrafe im Lichte des mordmerkmalstypischen Leitprinzips der Sozialgefährlichkeit angezeigt sei, sofern die Wirkungen der Tat über die individuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer hinausweisen. Davon müsse ausgegangen werden, wenn der Täter bereits mit der Vortat ein potenziell le-

¹⁹ Eb. Schmidt, Niederschriften Bd. 13, S. 154; ebenso Baldus, Niederschriften Bd. 13, S. 147.

²⁰ Siehe dazu Köhler GA 1980, 121 ff., der in der Tat rechtsfortbildend die überkommene Überlegungslösung favorisiert.

bensbedrohliches Risiko schafft, das geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit in Frage zu stellen. Hierzu zählen Fälle, in denen sich der Täter – etwa bei einem Bankraub – in eine eskalationsträchtige Situation hineinbegibt und im sachgedanklichen Mitbewusstsein realisiert, dass beliebige Dritte Opfer einer in Verdeckungsabsicht vorgenommenen Tötung werden können. Demgegenüber sollen Sachverhalte einer strikt opferbezogenen Einbindung von Vortat und nachfolgender Verdeckungstötung vom Regelmerkmal nicht erfasst werden, weil ihnen aufgrund der Singularität des opferspezifisch begrenzten Konflikts die für Mordtaten charakteristische Sozialgefährlichkeit abgehe. Danach könnten beispielsweise zahlreiche Fälle der Tötung des Intimpartners nach vorangegangenem Fehlverhalten nicht mehr mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden.

Die differenzierte Umsetzung der Verdeckungsabsicht im AE-Leben (2008) ist deswegen interessant, weil sie gesinnungsethisches Verwerflichkeitsdenken hinter sich lässt, indem die Legitimation des Mordmerkmals auf den rationalen Gedanken der Sozialgefährlichkeit derart motivierter Tötungsdelikte zurückgeführt wird. Freilich ist es keineswegs zwingend, diesen Erklärungsansatz allein auf die Fallgruppe der Tötung von Zufallsopfern zu beschränken und damit zugleich zahlreiche Sachverhalte aus dem herkömmlichen Anwendungsbereich der mordtypischen Verdeckungsabsicht auszugrenzen. Irritierend wirkt daran vor allem die solchermaßen vorgezeichnete Verneinung der Höchststrafwürdigkeit verdeckungsmotivierter Tötungen von Mitarbeitern der Strafverfolgungsorgane. Dieses inakzeptable Ergebnis kann dadurch vermieden werden, dass das Leitprinzip der Sozialgefährlichkeit nicht allein auf den Aspekt der Gefährdung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit reduziert, sondern vielmehr um den integrationspräventiven Gedanken der tatbedingten Erschütterung des Vertrauens der Rechtsgenossen in die Geltungskraft fundamentaler Gemeinschaftswerte zur sozialverträglichen Ausgestaltung des Gemeinwesens angereichert wird.

b) Kriterien für die Annahme der Höchststrafwürdigkeit strafvereitelnder Verdeckungstötungen

aa) Strafschärfungsaspekte

Eine höchststrafwürdige Tötung nach § 211 StGB kann sich vom Totschlag als normativem „Normalfall“ vorsätzlicher Lebensvernichtung dadurch abheben, dass das Handlungsunrecht der Tat durch besonders sozialgefährliche anti-soziale Beweggründe des Täters signifikant

gesteigert ist.²¹ Tatmotive können dann als anti-sozial beschrieben werden, wenn sie fundamentale Gemeinschaftswerte in Frage stellen.²² Anerkannt ist dies für Fälle der Tötung unter motivationaler Missachtung des personalen Eigenwerts des Opfers (Rassenhass). Solche Taten verdienen die Höchststrafe, weil der Täter mit der Tat seine Negation der Menschenwürde zum Ausdruck bringt (vgl. Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 GG).²³ Der darin zu Tage tretende kategoriale Werteabfall wirkt gemeinschaftsbedrohlich; denn dadurch macht der Täter deutlich, dass er nicht hinterfragbare Grundwerte der Gesellschaft gewaltsam in Frage stellt. Dem muss der strafverfolgende Staat mit der Androhung der Höchststrafe für solche Verbrechen entgegenwirken.

Das Spezifikum einer anti-sozialen Tatmotivation ist freilich nicht auf die Negation von Grundrechten beschränkt. Wertungsmäßig gleich zu behandeln sind Tötungsdelikte, mit denen der Täter über die Lebensvernichtung hinaus kollektive Grundwerte des demokratisch verfassten Rechtsstaats angreift. Hierzu zählen sowohl Tötungen aus politischen Beweggründen (Art. 20 i. V. m. Art. 5 und 8 GG) als auch Taten, die sich gegen die Rechtswahrfunktion des Staates richten (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG).²⁴

Ausgehend von diesem hier nur mit wenigen Strichen skizzierten Verständnis eines höchststrafwürdigen Beweggrundes drängt es sich auf, strafvereitelnde Verdeckungstötungen durchgängig als Mord einzustufen. Ein solchermaßen motivierter Täter wirkt in anti-sozialer Weise gezielt der gesellschaftlich gewollten Reaktion auf Straftaten aggressiv-kämpferisch entgegen. Er stellt das für den Rechtsstaat konstitutive System staatlicher Strafverfolgung nachhaltig in Frage, indem er den Strafverfolgungsbehörden gewaltsam ins Handwerk pfluscht. Ein solches Vorgehen erweist sich als sozialschädlich. Hierauf muss der Staat aus integrationspräventiven Gründen unnachsichtig mit der gesetzlichen Höchststrafe reagieren.²⁵

Diese Beurteilung strafvereitelnder Verdeckungstötungen gilt unabhängig davon, ob sich die Tat gegen Angehörige der Strafverfolgungsbehörden oder aber gegen Personen richtet, die nur zufällig in das Tatgeschehen involviert worden sind. Letzteren gegenüber stellt sich die Tat jenseits ihrer rechtsstaatswidrigen Dimension als ein unkalkulierbares und somit tenden-

²¹ Eingehend hierzu mit zahlreichen Nachweise pro et contra MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnrn. 18-22. Instruktiv Eser, Gutachten, D 166 f.; Heine, S. 203 f., 213-220.

²² Siehe dazu MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnr. 89 m. w. N. in Fn. 313-315. Siehe dazu vor allem Heine, S. 242-244.

²³ Ausführlich LK/Jähnke § 211 Rdnr. 26; Mitsch JuS 1996, 121 (125); Müssig, FS Dahs, S. 117, 120 f.

²⁴ Eingehend MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnrn. 89-98; Grünewald NSTZ 2010, 1, 6 f.; Heine, S. 242-244. Im Ansatz ähnlich Fabricius StV 1996, 209, 210.

²⁵ Heine, S. 242 f.; Grünewald NSTZ 2010, 1, 6 f.; MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnrn. 94, 97.

ziell unabwendbares Ereignis dar. Der daraus resultierenden allfälligen Furcht, Zufallsopfer eines Tötungsverbrechens werden zu können, muss der Gesetzgeber aus viktimodogmatischen Gründen durch Aufnahme der Verdeckungstötung in den Kanon der Mordmerkmale Rechnung tragen.

bb) Generalpräventiv-lerntheoretische Erklärungsansätze

Teile des strafrechtlichen Schrifttums stützen die strafscharfende Umsetzung der Verdeckungsabsicht auf generalpräventiv-lerntheoretische Erwägungen. Dieser Erklärungsansatz lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Der Anreiz, sich der drohenden Strafverfolgung durch effektive Abwehrmaßnahmen zu entziehen, ist naturgemäß groß. Er steigt, je gewichtiger die zu erwartende Sanktion in Ansehung der begangenen Straftat ausfallen wird. Der Gedanke, die Strafverfolgung auf Kosten des Lebens Dritter abzuwenden, liegt für den Täter durchaus nicht fern. Erhöht gefährdet sind Personen, von denen der Täter seine Überführung (Opfer, Zeugen) oder Festnahme (Polizeibeamte) befürchten muss. Ihnen schuldet der strafverfolgende Staat indessen verstärkten Schutz, weil sie wegen ihres sozial nützlichen Beitrags zur Strafrechtspflege ein normativ kompensationsbedürftiges Sonderrisiko tragen.²⁶ Ausgehend hiervon ist die strafscharfende Verarbeitung der Verdeckungsabsicht in § 211 Abs. 2 StGB ein wichtiger Eckstein zur De-Eskalierung hochgradig angespannter lebensgefährlicher Konfliktsituationen.²⁷ Des Weiteren liegt dem Mordmerkmal ein lerntheoretisches Moment der Norminternalisierung zu Grunde. Durch die hohe Strafdrohung für Verdeckungstötungen soll dem Täter bereits vor Begehung der Vortat signalisiert werden, dass sich die selbstbegünstigungsmotivierte Verwirklichung schweren neuen Unrechts im Anschluss an eine begangene Straftat nicht lohnt. Damit wird keineswegs auf die idealtypische „Zerrfigur“ des Vor- und Nachteile tatsituativ kalkulierenden Täters abgestellt. Selbstredend werden spontan agierende Verdeckungstäter eine solche Kosten-Nutzen-Rechnung selten anstellen. Anders mag es bei zeitlich gestreckten Vortat-Nachtat-Konstellationen liegen, in denen genügend Zeit zur Reflektion verbleibt. Indessen kommt es hierauf nicht entscheidend an; denn Anknüpfungspunkt für das internalisierte Erfassen des Umstands, dass die Rechtsgemeinschaft Verdeckungstötungen

²⁶ BGH NJW 1999, 1039, 1041; Bosch/Schindler Jura 2000, 78, 82, Brocker MDR 1996, 228, 229; Mitsch JuS 1996, 213, 217; Otto Jura 1994, 141, 151; Sowada JZ 2000, 1035, 1039.

²⁷ Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 109 f.; Ähnlich v. Heintschel-Heinegg/Eschelbach § 211 Rdnr. 82 sowie NK/Neumann § 211 Rdnr. 98; Arzt/Weber/Hilgendorf BT § 2 Rdnr. 62; Maurach/Schroeder/Maiwald BT/1 § 2 Rdnr. 34 und Rengier BT/II § 4 Rdnr. 52.

unnachichtlich mit unerbittlicher Härte ahndet, ist nicht der Zeitpunkt nach, sondern der Zeitraum vor der ersten Straftat.²⁸

cc) Unergiebige Strafmilderungserwägungen

Die Kritiker des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht stellen dessen Legitimität vor allem unter Hinweis auf die vortatbedingte psychische Zwangslage des Strafverfolgung fürchtenden Täters in Frage. Hieraus folgern sie eine Strafmilderung, die der Verdeckungstötung den Charakter des höchststrafwürdigen Verbrechens nehme. Daran anknüpfend wird behauptet, dass die strafscharfende Bewertung von Verdeckungstötungen mit dem strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip in Konflikt gerate. Es müsse berücksichtigt werden, dass die Selbstbegünstigungsabsicht in anderen Strafbestimmungen (beispielsweise §§ 157 und 258) den Straftäter entlaste, weshalb die Regelung der Verdeckungsabsicht in § 211 Abs. 2 StGB systemwidrig sei.²⁹

Beide Einwände gehen fehl. Hierzu bleibt Folgendes zu bemerken:

Im Ausgangspunkt trifft die Beobachtung zu, dass sich viele Verdeckungsmörder in Ansehung der ihnen drohenden Strafverfolgung in einer psychischen Zwangslage befinden. Richtig ist weiterhin, dass diese innere Anspannung Auswirkungen auf die Fähigkeit zur Normbefolgung im Zeitpunkt der Anschlusshandlung zeitigen kann. Allerdings gibt die Strafrechtsordnung psychischen Zwängen nicht unbesehen nach. Eine Privilegierung kommt nur in Betracht, wenn die (partielle) Rücknahme des Strafrechts aus normativer Perspektive akzeptabel ist.³⁰ An dieser Hürde muss eine strafmildernde, von der angedrohten Höchststrafe wegführende Bewertung selbstbegünstigungsmotivierter Verdeckungstötungen scheitern. Entscheidend ist, dass der Täter auf Grund seines Vorverhaltens für die Entstehung der psychischen Zwangslage, die sich später in der Anschlussstat niederschlägt, selbst zuständig ist. Wer in freier Entscheidung eine Straftat begeht, löst damit – wie er weiß – die Gefahr einsetzender Strafverfolgung aus. Die daraus entstehenden inneren Bedrängnisse muss der Straftäter allein verantworten. Nachsicht kann ihm nicht zuteil werden, weil er von vornherein über das ihm drohende „Unheil“ im Bilde war. Ähnlich wie beim selbst verschuldeten Notstand

²⁸ Eingehend Sowada JZ 2000, 1035, 1039; Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 110 und Arzt/Weber/Hilgendorf BT § 2 Rdnr. 62.

²⁹ Dreher MDR 1956, 399, 400; Lange, GS Schröder, S. 217, 219. Kritisch auch Satzger/Schmitt/Widmaier/Momsen § 211 Rdnr. 75. S. hierzu – freilich sogleich mit überzeugenden Gegengründen – Bosch/Schindler Jura 2000, 78, 82 f.; Otto Jura 1994, 141, 151; Sowada JZ 2000, 1035, 1039 f.

³⁰ Speziell zur Selbstbegünstigung Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 363-365; grundlegend Geisler, Vereinbarkeit, S. 109-124

nach § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB steht dieser Umstand aus systemtheoretischer Sicht einer nachsichtigen Behandlung von Verdeckungstötungen entgegen.³¹ Einen weiteren Beleg zur Stützung dieser Sichtweise liefert die Vorschrift des § 213 1. Alt. StGB; danach wird ein Totschläger dann nicht privilegiert, wenn er selbst die Provokation seitens des Opfers im Vorfeld der Tat hervorgerufen hat. Mit Blick auf das gewaltsame Vorgehen des Täters ist die strikte Pönalisierung von Verdeckungstötungen trotz des Vorliegens einer psychischen Anspannung in der Person des sich selbst begünstigenden Täters ohne weiteres plausibel.³²

Mit Blick auf systematische Bedenken gegen die strafscharfende Verarbeitung des Selbstbegünstigungsmotivs in § 211 Abs. 2 StGB bleibt festzuhalten, dass dessen Umsetzung keineswegs systemwidrig ist und deswegen unterbleiben müsste. Die vielfach anzutreffende Redeweise, wonach selbstbegünstigungsmotiviertes Handeln im Strafrecht grundsätzlich oder zumindest in der Tendenz privilegiert werde, ist viel zu pauschal und trifft in dieser Allgemeinheit schlichtweg nicht zu. Vielmehr reagiert die Strafrechtsordnung auf strafvereitelnde Selbstbegünstigungstaten ambivalent. Ohne auf die Einzelheiten zu Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips an dieser Stelle näher eingehen zu können, gilt es im Kontext strafvereitelnder Selbstbegünstigungshandlungen – und hierzu zählt der Verdeckungsmord – zwei Fixpunkte hervorzuheben: Gewaltsame Selbstbegünstigungstaten erfahren durchgängig keine Privilegierung; sie werden im Gegenteil zuweilen sogar strafscharfend bewertet.³³ Weitreichende Besserstellungen für strafvereitelnde Selbstbegünstigungstaten sind allein im Bereich originärer (Straf-) Rechtspflegedelikte vorgesehen. Straffrei bleiben insoweit allerdings auch dort nur die einfachen, vom strafverfolgenden Staat faktisch leicht kompensierbaren Verhaltensweisen der Flucht und Lüge.³⁴ Gemessen hieran wäre eine Privilegierung der Verdeckungstötung durch Herabstufung zu einem bloßen Totschlag wertungsmäßig verfehlt.

Als Zwischenergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Einstufung strafvereitelnder Verdeckungstötung als Mord keinen strafrechtlichen Bedenken begegnet.

³¹ Instrukтив der Ansatz von Timpe NSTZ 1989, 70, 71 f., dessen Rücksichtnahme auf affektive Komponenten freilich neben der Sache liegt. S. hierzu BGH NJW 1999, 1039, 1041 sowie Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 108 Fn. 32, 363 f.; weiterführend auch Ulsenheimer GA 1972, 1, 25. Zu Unrecht skeptisch insoweit NK/Neumann § 211 Rdnr. 95.

³² Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 108.

³³ Eingehend Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 99-130, 331, 335 f.

³⁴ Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 336-345, 372-388.

3. Verdeckungs­tötungen bei außerstrafrechtlichem Verdeckungs­zweck

Das Gros der Verdeckungs­tötungen betrifft Fälle der Strafvereitelung. Zuweilen erfolgen solche Taten aber auch in außerstrafrechtlichen Zusammenhängen, etwa zur Vermeidung beruflicher, gesellschaftlicher oder finanzieller Nachteile.

In derartigen Konstellationen erfüllt das verdeckungsrelevante Vorverhalten des Täters einen Straftatbestand. Indessen rechnet er im Moment der Tötung nicht mit einer Strafverfolgung auslösenden Offenbarungsverhalten des Tatopfers. Vielmehr geht es ihm anlässlich seiner Straftatbegehung allein darum, durch die Beseitigung eines Aufdeckungswilligen mit der Offenbarung der Tat zusammenhängende unerwünschte anderweitige Folgen zu unterbinden. Ein anschauliches Beispiel für derartige Fälle liefert die wegweisende Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 31. Januar 1995.³⁵ Diesem Urteil lag eine Betrugstat im Rauschgifthändlermilieu zu Grunde: Die Angeklagten hatten dem späteren Tatopfer Beschaffung von fünf Kilogramm Haschisch gegen Vorkasse zugesagt, obschon sie zur Lieferung des Rauschgifts von vornherein nicht in der Lage waren. Als der Geschäftspartner nach Zahlung eines Teilbetrages mehrfach die versprochene Lieferung anmahnte, lockten ihn die Angeklagten in einen Hinterhalt und töteten ihn, um den zu seinem Nachteil begangenen Betrug zu verdecken. Zwar befürchteten sie keine Strafanzeige des gleichfalls in den illegalen Drogenhandel verstrickten Opfers. Allerdings rechneten sie mit vom Opfer angestoßenen Reaktionen aus dem „Milieu“; zudem wollten sie im Besitz der Vortatbeute bleiben. Weitere Beispiele für Verdeckungs­tötungen mit außerstrafrechtlicher Zwecksetzung betreffen Tötungen von Erpressern, die mit der skandalträchtigen, ehrenrührigen Aufdeckung einer nicht mehr verfolg­baren Straftat drohen.³⁶ Erwähnenswert ist weiterhin die Beseitigung eines Tatgenossen, der die Tat an „Unterweltler“ zu verraten droht, um diesen ein Abjagen der vom Vortäter erlangten Beute zu ermöglichen.³⁷

Der Bundesgerichtshof wertet Tötungen zur Vermeidung außerstrafrechtlicher Konsequenzen ohne weiteres als Verdeckungs­mord. Zur Begründung dieser Rechtsauffassung führt der 1. Strafsenat in seiner einschlägigen Grundsatzentscheidung aus, dem Wortlaut der Vorschrift sei nicht zu entnehmen, dass in Verdeckungs­absicht nur derjenige handelt, der tötet,

³⁵ BGHSt 41, 8. S. auch BGH NSTz 1999, 243; BGH NSTz 1999, 615 f. Praxisrelevant sind weiterhin Fälle des Beuteerhalts eines auf der Flucht befindlichen Täters.

³⁶ LK/Jähnke § 211 Rdnr. 15. Zum Erpressungsfall Küper JZ 1995, 1158, 1164 sowie Saliger ZStW, Bd. 109, 1997, S. 302, 314-316 und Sowada JZ 2000, 1035, 1043.

³⁷ LK/Jähnke, Rdnr. 15 mit weiteren Beispielen; BGHSt 41, 8, 9 folgt dieser Sichtweise bis in die außergewöhnliche Wortwahl.

um sein vorangegangenes strafbares Tun gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu verheimlichen. Mord sei kein gegen die Belange der Rechtspflege gerichtetes Delikt. Qualifikationsgrund sei vielmehr die Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht. Eine derartige Koppelung sei gegeben, wenn der Täter zur Vermeidung außerstrafrechtlicher Folgen seiner Straftat tötet.³⁸

Die höchstrichterlich befürwortete Anwendung des Mordmerkmals auf Fälle außerstrafrechtlicher Verdeckungszwecke ist mit dem Wortlaut der Norm durchaus vereinbar. Wertungsmäßig scheint diese auch von den Autoren des AE-Leben (2008) grundsätzlich geteilte Sichtweise einsichtig; denn in der Regel dürfte die Mittel-Zweck-Relation in Fällen der Verdeckung außerstrafrechtlicher Umstände und Abläufe deutlich negativer zu Buche schlagen als bei Verdeckungstötungen zur Strafvereitelung. Gleichwohl empfiehlt es sich nicht, die beiden Sachverhaltsgruppen strafrechtlich gleich zu behandeln. Hiergegen spricht die mangelnde Trennschärfe außerstrafrechtlicher Verdeckungsmotive. Es gilt Folgendes zu bedenken:

Der vom Bundesgerichtshof zur Berücksichtigung strafvereitelungsfremder Verdeckungszwecke angeführte Aspekt der qualitativ beliebigen Unrechtskumulation ist auffällig blass und gehaltlos.³⁹ Er ist zur Konturierung der besonderen Gemeinschaftsbedrohlichkeit von Verdeckungstötungen kaum geeignet. Gegen die Integration strafvereitelungsfremder Ziele in das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht spricht zudem die mangelnde Trennschärfe eines solchermaßen aufgeladenen Kriteriums zur Abschichtung höchststrafwürdiger Taten in den übrigen „Durchschnittsfällen“ vorsätzlicher Tötung. Der allein auf die Verdeckung von Straftaten beschränkte Anwendungsbereich der Bestimmung macht den Strafverfolgungsbezug der Norm plausibel;⁴⁰ denn auf die Straftatbegehung folgt (idealtypisch) regelmäßig Strafverfolgung. Einen vergleichbaren Automatismus gibt es in außerstrafrechtlichen Zusammenhängen nicht. Der Straftatbezug von Verdeckungstötungen ergibt bei strafvereitelungsfremden Zweckverfolgungen keinen rechten Sinn; ob und wie Dritte in diesen Fällen reagieren, liegt angesichts der Vielfältigkeit der einschlägigen Lebenssachverhalte vorab nicht fest.⁴¹ Anders gewendet:

³⁸ BGHSt 41, 8, 9; BGH NSTZ 1999, 615, 616; BGH NSTZ-RR 2005, 201, 205. Dem Bundesgerichtshof folgen Rauber, Mord durch Unterlassen, S. 197 f.; Saliger ZStW, Bd. 109, 1997, S. 302, 310-317; ders. StV 1998, 19 f.; Fischer § 211 Rdnr. 69; Schönke/Schröder/Eser, Rdnr. 34. Zuvor schon LK/Jähnke § 211 Rdnr. 15; Groth, Verdeckungsmord, S. 99-101; Maurach/Schroeder/Maiwald BT/1 § 2 Rdnr. 34; Gössel/Dölling BT/1 § 4 Rdnr. 58.

³⁹ Küper JZ1995, 1158, 1162, Sowada JZ 2000, 1035, 1038; Lackner/Kühl § 211 Rdnr. 12; NK/Neumann § 211 Rdnr. 104.

⁴⁰ Ebenso AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rdnr. 73.

⁴¹ Küper JZ 1995, 1158, 1163 f.; Sowada JZ 2000, 1035, 1043. Kritisch hierzu Saliger ZStW, Bd. 109, 1997, S. 302, 311 f.

Strafvereilungsmotivierte Verdeckungstötungen vermitteln ein hohes Maß an Bewertungssicherheit. Wer einen Menschen tötet, um seine Bestrafung zu vereiteln, handelt stets rechtswidrig und höchststrafwürdig, ohne dass es insoweit einer näheren Analyse der Tatumstände bedarf.⁴² Anders verhält es sich bei Tötungen zur Verfolgung strafvereilungsfremder Ziele. Dort geht die ansonsten vorhandene Bewertungssicherheit vor dem Hintergrund der Bandbreite möglicher Ausgangslagen der Tatverdeckung verloren. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich beispielsweise Fälle der Erpressung durch Preisgabe ehrenrühriger Informationen über nicht mehr verfolgbare Taten eines anderen vor Augen führt. In derartigen Konstellationen steht – anders als bei der Strafverfolgung – keineswegs vorab fest, dass die Tötung des Erpressers per se höchststrafwürdig ist. Vielmehr kommt es insoweit auf die Umstände des Einzelfalles an. Für deren Beurteilung bietet die strikte, unflexible Verdeckungsabsicht keinen Spielraum.⁴³ Daher ist es im Ergebnis sowohl strafrechtsdogmatisch als auch kriminalpolitisch vorzugswürdig, derartige Tötungen nicht dem ausgeformten Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht, sondern der Motivgeneralklausel zu subsumieren.

4. Ausgestaltung des Mordmerkmals

Fasst man den Ertrag der vorstehenden Ausführungen zusammen, so zeichnet sich ab, dass das „klassische“ Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht jedenfalls im Kontext der Strafvereilung höchststrafwürdige Sachverhalte kennzeichnet und deswegen auch zukünftig bei Neufassung des Mordtatbestands Berücksichtigung finden sollte. Demgegenüber besteht Reformbedarf insoweit, als strafvereilungsfremde Verdeckungstaten bei ratio-orientierter Betrachtung des Strafschärfungsgrundes aus dem Anwendungsbereich des Tatbestandsmerkmals ausgegliedert werden müssen. Diese sachlich gebotene Differenzierung zwischen genuin und gegebenenfalls im Einzelfall höchststrafwürdigem Sachverhalten muss in die Ausformulierung des Mordmerkmals in Gestalt seines Strafvereilungsbezugs einfließen.

Ungeachtet dieser ersten thematischen Eingrenzung stellt sich die Frage nach der konkreten Ausgestaltung des Mordmerkmals. Erörterungsbedürftig sind insoweit zwei Themenfelder: Zum einen gilt es zu klären, ob allein Taten zur Verdeckung einer Straftat oder aber auch solche zur Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit tatbestandlich erfasst werden sollen; zum anderen ist darüber zu befinden, ob wirklich nur die Tötung zur Verdeckung einer anderen

⁴² Heine, Küper und Sowada; jeweils a. a. O.; S. auch Schneider, Selbstbegünstigungsprinzip, S. 108. Ablehnend Saliger ZStW, Bd. 109, 1997, S. 302, 313-317; gegen diesen mit überzeugenden Argumenten Sowada JZ 2000, 1035, 1043 f.

⁴³ Zusammenfassend Küper JZ 1995, 1158, 1164; Sowada JZ 2000, 1035, 1043-1045. S. auch Heine Festgabe Brauneck, S. 315, 329; Rengier BT/II § 4 Rdnr. 56.

Straftat höchststrafwürdig ist oder ob darüber hinaus sämtliche Sachverhalte der vorsätzlichen Lebensvernichtung in Strafvereitelungsabsicht als Mord zu klassifizieren sind.

a) Erweiterung des Mordmerkmals auf sämtliche Fälle strafvereitelnder Verdeckungsabsicht

Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfasst nicht sämtliche Fälle der in Strafvereitelungstendenz begangenen Tötung. Ihm unterfallen nur solche Taten, mit denen der Täter danach strebt, das Bekanntwerden der Tat oder seiner Tatbeteiligung zu verhindern.⁴⁴ Ist den Strafverfolgungsbehörden Tat und Täter bekannt, so gibt es begrifflich nichts mehr zu verdecken. Folglich lassen sich Sachverhalte, in denen der sich (zu Recht oder irrig) erkannt wählende Täter das Opfer oder Verfolger tötet, um vom Tatort fliehen oder sich der drohenden Ergreifung durch die Strafverfolgungsbehörden entziehen zu können, dem Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht nicht subsumieren.⁴⁵ Hierbei spielt es keine Rolle, ob oder in welchem Umfang die Strafverfolgungsbehörden tatsächlich Kenntnis von der Tatbeteiligung an der Vortat hatten. Maßgeblich ist allein die Vorstellung des Verdeckungstäters. Insoweit ist es allerdings nicht erforderlich, dass dieser sichere Kenntnis von der Aufdeckung der Tat hat. Zwar kann eine rein spekulative Vermutung zur Verneinung des Mordmerkmals nicht ausreichen. Rechnet er jedoch mit dem Bekanntsein seiner Täterschaft, so ist eine auf diesem Vorstellungsbild fußende Tötung nicht als Verdeckungsmord zu klassifizieren; bereits die aus Sicht des Täters tatsachenfundierte Annahme des Entdeckt-Seins führt zur Verneinung der mordqualifizierenden Absicht. Im umgekehrten Fall der bereits vollständig aufgedeckten Vortat kann ein Verdeckungsmord gleichwohl in Betracht kommen, wenn der Täter tötet, um aus seiner irrigen Sicht die eigene Täterschaft nicht ans Licht kommen zu lassen.⁴⁶ Hingegen ist Verdeckungsabsicht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs abzulehnen, sofern die Tat nach Erhebung der Anklage begangen wird, etwa um durch die Beseitigung eines zentralen Belastungszeugen die Überführung zur erschweren oder gar zu verhindern.⁴⁷ Der Grund für die Ausklammerung dieser Taten aus dem Anwendungsbereich des Mordmerkmals liegt darin, dass die Tötung in solchen Fällen nicht auf die Verhinderung des Bekanntwerdens von Tat und Täterschaft, sondern allein auf die Vereitelung der Ahndung der Vortat abzielt. Dass

⁴⁴ BGHSt 15, 291.

⁴⁵ BGHSt 15, 291, 296; BGH Gewinnabschöpfung 1979, 108; BGH NStZ 1985, 166; BGH StV 1998, 24 f.; BGH NStZ 2001m 579, 580; Brunhöber HRRS 2011, 513, 514; AnwK-StGB/Mitsch § 211 Rdnr. 73; Fischer § 211 Rdnr. 68; NK/Neumann § 211 Rdnr. 97; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rdnr. 34; SK/Sinn § 211 Rdnr. 80; Krey/Heinrich BT/1 § 211 Rdnr. 79; Wessels/Hettinger BT/1 § 211 Rdnr. 125; Rengier BT/II § 4 Rdnr. 53. Eingehend Weiß, Verdeckungsabsicht, S. 225-228.

⁴⁶ BGH NStZ 2001, 579, 580; Fischer § 211 Rdnr. 68.

⁴⁷ BGHR StGB § 211 Abs. 1 Verdeckung 6; Fischer § 211 Rdnr. 68 a; SK/Sinn § 211 Rdnr. 80; Unklar LK/Jähnke § 211 Rdnr. 16, der abstrakt Formulierungen wählt, die derartige Fallgestaltungen an sich ohne Weiteres abdecken, dann aber nur solche Beispiele präsentiert, die auf der Linie der Rechtsprechung liegen.

dadurch die Feststellung der Tatbeteiligung und damit auch die Widerlegung der Unschuldsvermutung verhindert werden kann, besagt im Verdeckungskontext nichts Entscheidendes. Vielmehr wird das vom Verdeckungsmoment als Gegenbegriff vorausgesetzte „Aufdecken“ ersichtlich nicht rechtstechnisch-straftprozessual, sondern gleichsam umgangssprachlich und rein faktisch als bloßes „Bekanntwerden“ aufgefasst. Ausgehend hiervon bleibt festzuhalten, dass Tötungen, mit denen die Aufklärung lediglich erschwert oder zeitlich hinausgeschoben werden soll, keine tauglichen Kandidaten der Verdeckungsabsicht sind.⁴⁸

Die langjährig gefestigte herkömmliche Ausdeutung des Begriffs der „Verdeckung“ mag auslegungstechnisch vorgezeichnet sein. Wertungsmäßig ist sie freilich nicht überzeugend; denn dass die strafrechtliche Bewertung einer Tötung des Hauptbelastungszeugen als Mord davon abhängen soll, ob dieser vor seiner Beseitigung bereits seine Aussage bei der Polizei gemacht und dadurch die Beteiligung des Täters der Vortat aufgedeckt hat oder aber ob es zu einer solchen Vernehmung noch nicht gekommen ist, bleibt schlechterdings unverständlich. Die strafvereitelnde Lebensvernichtung wirkt allemal hochgradig sozialgefährlich. Rechtspraktisch lässt sich dieses durchweg gerechte Ergebnis derzeit unter Rückgriff auf die Motivgeneralklausel erzielen.⁴⁹ Allerdings wird durch dieses Hin- und Herpendeln zwischen unterschiedlichen Mordmerkmalen die Aussagekraft der Verdeckungsabsicht im Sinne der prägnanten Kennzeichnung höchststrafwürdiger Sachverhalte ohne Not geschwächt. Vor diesem Hintergrund verdient eine Grundsatzentscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zu einer um strafprozessuale Kategorien erweiterten Auslegung der Verdeckungsabsicht besondere Beachtung.⁵⁰

Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt zeichnet sich dadurch aus, dass der Angeklagte das Opfer zum Zwecke der Verdeckung einer Vergewaltigung zu töten versuchte, obschon er (zutreffend) davon ausging, dass die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Angaben einer Zeugin, der sich das Opfer zuvor anvertraut hatte, von der Vortat Kenntnis erlangen würden. Verdeckung durch Tötung der unmittelbaren Tatzeugin versprach sich der Angeklagte insoweit, als er eine Verurteilung wegen Vergewaltigung allein auf der Grundlage der Bekundungen vom Hörensagen für ausgeschlossen hielt. Beurteilt man den Fall nach Maßgabe eines rein faktischen Begriffsverständnisses, müsste ein (versuchter) Verdeckungsmord von vornherein verneint werden, weil dem Täter im Zeitpunkt der Tötung klar

⁴⁸ BGH NSTz 1985, 166; Fischer § 211 Rdnr. 68 a; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rdnr. 34.

⁴⁹ BGH GA 1979, 108; Fischer § 211 Rdnr. 69; Rengier BT/II § 4 Rdnr. 54.

⁵⁰ BGHSt 50, 11.

war, dass die zu verdeckende Vortat den zuständigen Stellen ungeachtet seiner gewaltsamen Intervention bekannt und damit aufgedeckt war.

Der 1. Strafsenat nahm diesen Sachverhalt hingegen zum Anlass, den Begriff der Verdeckungsabsicht in Anlehnung an strafprozessuale Kategorien normativ auszulegen. Er stellte den Rechtssatz auf, dass ein Täter auch nach Bekanntwerden einer Straftat noch in Verdeckungsabsicht handeln könne, wenn er zwar wisse, dass er als Täter der Straftat verdächtigt wird, die genaue Kenntnis über den strafrechtlich bedeutsamen Sachverhalt jedoch allein er und das Opfer haben und die Tatumstände deshalb noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt sind.⁵¹ Diesen normativen Ansatz konkretisierte der Senat im Folgenden dahingehend, dass als Bezugspunkt der Verdeckungsabsicht die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung des Täters in Betracht zu ziehen sei. Danach soll ein Verdeckungsmord solange möglich sein, wie der Täter davon ausgeht, durch die Tötung des Opfers die Aufdeckung der Vortat in einem für seine Verurteilung ausreichenden Ausmaß hindern zu können.⁵²

Ausgehend hiervon bestanden im Fall des 1. Strafsenats keine rechtlichen Bedenken gegen eine Verurteilung des Angeklagten wegen Verdeckungsmordes; denn durch die Tötung der von den Strafverfolgungsbehörden bislang nicht vernommenen einzigen Tatzeugin hoffte er die Beweislage in seinem Sinne günstig gestalten und eine Verurteilung wegen Vergewaltigung verhindern zu können.

Vergegenwärtigt man sich den im strafrechtlichen Schrifttum bislang kaum gewürdigten Gehalt dieser Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, so drängt es sich kriminalpolitisch geradezu auf, die vom Begriff der „Verdeckung“ ausgehende sachwidrige Verengung des Einzugsbereichs des Mordmerkmals preiszugeben und statt dessen jede mit Strafvereitelungsabsicht begangene Tötung als Mord einzustufen. Die eingangs angeführten Leitkriterien der Sozialgefährlichkeit zur Kennzeichnung anti-sozialer höchststrafwürdiger Tötungsmotive vermögen die Überleitung des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht in ein weiter gefasstes der Strafvereitelungsabsicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Eine solche Neufassung des Mordmerkmals ist mithin systemkonform. Sie beseitigt sachwidrige und rechtspraktisch zudem fehleranfällige Differenzierungen des geltenden Rechts. Schließlich ist sie geeignet, die von vielen „ungeliebte“ Motivgeneralklausel zu entlasten.

⁵¹ BGHSt 50, 11, 14; BGH NSTZ 2011, 579, 580.

⁵² BGHSt 50, 11, 15; Schönke/Schröder/Eser § 211 Rdnr. 34 umschreibt diesen Ansatz treffend dahingehend, dass der Täter seine Tat als noch nicht „voll erkannt“ bzw. „voll überführungsfähig“ eingeschätzt haben müsse.

b) Ausdehnung des Mordmerkmals auf OWi-Fälle?

Nach geltendem Recht kann die Tötung eines Menschen zur Behinderung der Aufklärung einer Ordnungswidrigkeit nicht als Verdeckungsmord geahndet werden. Allerdings unterfallen solche Taten gegenwärtig in aller Regel der Motivgeneralklausel der sonstigen (vergleichbaren) niedrigen Beweggründe.⁵³ Hält man – wofür vieles spricht – an dieser Auffangvorschrift fest, besteht rechtspraktisch kein Anlass für eine Ausdehnung des Mordmerkmals auf Tötungen zur Verdeckung einer bloßen Ordnungswidrigkeit.

Verzichtet man bei Neufassung des Mordparagrafen hingegen auf die Motivgeneralklausel, stellt sich die aufgeworfene Frage in einem anderen Licht. Die Antwort hierauf muss dahin gehen, dem Mordmerkmal dann auch OWi-Fälle zu unterstellen. Die im Strafvereitelungskontext namhaft gemachten Aspekte der spezifischen Sozialschädlichkeit von Tötungsverbrechen zur Verdeckung einer anderen Straftat gelten gleichermaßen für die vorstehend erwähnten Sachverhalte der Kaschierung von Ordnungswidrigkeiten; denn auch durch die gewaltsame Verhinderung der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten wird die Rechtswahrungsfunktion des Staates in Frage gestellt. Der vorstellbare Einwand, dass die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten stark vom Opportunitätsgedanken beherrscht werde, kann die Trennschärfe eines um solche Fälle erweiterten Mordmerkmals nicht in Frage stellen. Da der Staat im sachgedanklichen Ausgangspunkt prinzipiell jede Ordnungswidrigkeit für verfolgungswürdig erachtet und Opportunität erst später nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles walten lässt, erweist sich ein hieran anknüpfendes Tötungsverbrechen mit Blick auf die erstrebte Verhinderung der gesellschaftlich vorgesehenen Reaktion auf immerhin qualifiziertes Fehlverhalten durchaus als höchststrafwürdig.

III. Tötung in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht

1. Kriminalphänomenologische Ausgangslage

Die Fälle der Tötung in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht zeichnen sich dadurch aus, dass der Täter die Rechtswahrungsfunktion des Staates bewusst negiert, indem er tötet, um (vermeintlich) strafbares Fehlverhalten eines anderen handfest und unkonventionell zu ahnden.

⁵³ BGHSt 28, 93, 94; Fischer § 211 Rdnr. 63; MüKoStGB-Schneider § 211 Rdnr. 220.

Selten verfolgen solchermaßen motivierte Täter – gleichsam als extralegale „Hilfssheriffs“ – fremdnützige Zwecke. In aller Regel lässt sich die Bestrafungsabsicht als Beweggrund für ein Kapitaldelikt vielmehr im Kontext rachemotivierter Tötungen ausmachen.⁵⁴ Geläufig sind Sachverhalte, in denen der Täter tötet, weil er meint, die Strafverfolgung wegen eines ihm oder einem Angehörigen zugefügten Unrechts selbst in die Hand nehmen zu sollen.⁵⁵ Paradigmatisch für solche Formen der Selbstjustiz steht der allseits bekannte Fall der Marianne Bachmeier; sie hatte im Jahre 1981 den mutmaßlichen Mörder ihrer Tochter im Gerichtssaal vor Urteilsverkündung von hinten erschossen. Weiterhin sind die Schwurgerichte zuweilen mit Taten der Tötung eines rechtskräftig Verurteilten befasst, den der mit dem Opfer der Anlasstat verwandte Täter aus Rache deswegen umbringt, weil er die ausgeurteilte Strafe als unangemessen milde ansieht.⁵⁶

2. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu rachemotivierten Tötungen in Bestrafungsabsicht

Rachemotivierte Tötungen können im Einzelfall auf einem niedrigen Beweggrund im Sinne der Motivgeneralklausel des § 211 Abs. 2 StGB beruhen.⁵⁷ Im Ausgangspunkt der Bewertung des bestrafungsorientierten Rachemotivs geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Aspekt der Selbstjustiz ein wesentliches Indiz für die Annahme der Niedrigkeit des Tat-antriebs ist. Allerdings neigen die Strafsenate dazu, derartigen Taten mit psychologisierender Nachsicht zu begegnen. Aufschlussreich ist insoweit die hierzu ergangene Grundsatzentscheidung des 5. Strafsenats aus dem Jahre 2006. Ihr lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:⁵⁸

Die Angeklagten hatten den K. aus Rache getötet. Anlass hierfür war ein mehrere Jahre zurückliegender Mord an G. Die Staatsanwaltschaft verfolgte deswegen zunächst ein jungdliches Mitglied der Familie K. Nachdem dieses freigesprochen worden war, wurde ein anderer Familienangehöriger des K. angeklagt. Die Witwe des Getöteten und dessen Sohn beteiligten sich an diesem Verfahren als Nebenkläger. Da es schleppend verlief und die beiden Vorgenannten ohnehin der Ansicht waren, dass die Justiz den Falschen verfolge, nahmen sie die Ahndung des lange zurückliegenden Verbrechens selbst in die Hand. Sie folgten dem

⁵⁴ Eingehend hierzu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 773-778 sowie Grünwald NSTZ 2010, 1, 6 f.

⁵⁵ BGH NSTZ 2006, 286.

⁵⁶ Vgl. BGH StV 1998, 130.

⁵⁷ Siehe dazu BGH StV 1994, 182; 1996, 208 f.; 1998, 130 f.; BGH NSTZ-RR 2000, 168 f.

⁵⁸ BGH NSTZ 2006, 284.

von ihnen verdächtigten Mitglied der Familie K. vom Saarland nach Göttingen. Dort versuchten sie über die Ermordung des G. Näheres in Erfahrung zu bringen, um darauf gestützt die zurückliegende Straftat, unter deren Folgen beide psychisch nach wie vor nachhaltig litten, an den Strafverfolgungsbehörden vorbei eigenmächtig zu sanktionieren. Der konkrete Tattentschluss zur Tötung des K. entstand in den beiden Vorgenannten sowie einem Neffen des vor sechs Jahren Getöteten G. anlässlich eines zufälligen Zusammentreffens mit dem von ihnen Verdächtigten. Dieser wurde nach einer Verfolgungsfahrt vor den Augen seines Sohnes erschossen.

Der Bundesgerichtshof hat die rachemotivierte Tat mit Blick auf die einzelnen Angeklagten unterschiedlich beurteilt. Der 5. Strafsenat führte aus, dass nachgerade beim Verlust naher Angehöriger durch eine Gewalttat rachemotivierte Tötungen nicht ohne weiteres als Mord zu bewerten seien. Ausschlaggebend für die Annahme der Höchstverwerflichkeit solcher Taten seien vielmehr die Umstände des Einzelfalles. Danach müsse das Tötungsdelikt im Lichte des Gewichts der Vortat, dem Näheverhältnis der Täter zum Opfer des Ausgangsfalls und dem Grad ihrer fortdauernden persönlichen Betroffenheit beurteilt werden.⁵⁹ Ausgehend hiervon bewertete der Senat das Rachemotiv von Ehefrau und Sohn wegen ihres Näheverhältnisses zum ursprünglichen Opfer unter Rückgriff auf den Katalog der Nebenklage (vgl. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO) sowie aufgrund ihres fortwährenden Leidens unter den Auswirkungen der Ausgangstat als menschlich begreiflich und damit als nicht „niedrig“ im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB. Die Verurteilung des an der Tat mitwirkenden Neffen wegen Mordes wurde hingegen bestätigt, weil dieser als fernstehender Verwandter durch die Tötung seines Onkels G. persönlich weitaus weniger betroffen war als die beiden Mitangeklagten und also keinen gleichermaßen „guten“ Grund zur Rache hatte.

3. Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die vorstehend referierten höchstrichterlichen Erwägungen zur Beurteilung rachemotivierter Tötungen im Lichte der Motivgeneralklausel des § 211 Abs. 2 StGB vermögen nicht zu überzeugen.⁶⁰ Unklar ist bereits, wie sich die vom 5. Strafsenat namhaft gemachten einzelnen Gesichtspunkte innerhalb der anzustellenden Gesamtwürdigung der Wertungsmäßig relevanten Fallumstände zueinander verhalten. Offen ist vor allem, ob in erster Linie das Gewicht der die Rachetötung herausfordernden Ausgangstat oder aber primär das Ausmaß der

⁵⁹ BGH NSTz 2006, 284, 286. Dem Bundesgerichtshof folgen Fischer § 211 Rdnr. 30; v. Heintschel-Heinegg/Eschelbach § 211 Rdnr. 33; Lackner/Kühl § 211 Rdnr. 5 a und Satzger/Schmitt/Widmaier/Mommsen § 211 Rdnr. 33.

⁶⁰ Eingehend hierzu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 775 f.

persönlichen Betroffenheit des Täters über ein immerhin gravierendes Vordelikt ausschlaggebend sein soll. Weiterhin ist fraglich, ob allein Fälle mit Bezügen zum Schwurgerichtskatalog des § 74 Abs. 2 GVG oder auch sonstige rachemotivierte Tötungen – etwa solche zur Ahndung einer Vergewaltigung oder eines sexuellen Missbrauchs von Kindern – auf sozial-ethische Nachsicht treffen können. Pointiert: Was muss der Getötete verbrochen haben, um dessen rachemotivierte Vernichtung lediglich als „schlimm“, nicht jedoch als höchstverwerflich einzustufen? Die Suggestibilität dieser Fragestellung demonstriert anschaulich die Gefahr der Entgrenzung des höchstrichterlichen Ansatzes zum nachsichtigen Umgang mit Tötungen aus Rache. Weiterhin mutet die Einschränkung des Kreises „rachebefugter Täter“ unter Rückgriff auf das Recht zur Nebenklage befremdlich an. Vergegenwärtigt man sich den individualpsychologischen Ausgangspunkt der differenzierten höchstrichterlichen Bewertung von Rachetaten, so liegt die formaljuristische Aktivierung des Rechts der Nebenklage zur Begrenzung täterfreundlicher Nachsicht nicht nahe. Und schließlich bleibt nach der Entscheidung des 5. Strafsenats offen, innerhalb welcher zeitlichen Grenzen eine rachemotivierte Tötung menschlich noch verständlich sein soll.⁶¹

Mit diesen Kritikpunkten wird zugleich der zentrale Schwachpunkt der gesamten höchstrichterlichen Konzeption bloßgelegt: Eine differenzierte Beurteilung rachemotivierter Tötungen anhand individualpsychologischer Erwägungen ist rechtlich genuin verfehlt. Ebenso wenig wie die arttypische Geschlechtslust die Niedrigkeit des Sexualmordes oder das an sich legitime Streben nach Wohlstand Habgier ausschließen können, ist die für sich betrachtet möglicherweise menschlich verständliche innere Aufruhr über persönlich erlittenes Unrecht und das daraus resultierende Streben nach Sanktionierung des Fehlverhaltens geeignet, die Niedrigkeit des Beweggrundes der Selbstjustiz zu beseitigen.⁶² Allein die psychologische Erklärbarkeit eines Tötungsdelikts besagt grundsätzlich nichts über dessen rechtliche Bewertung anhand der insoweit allein ausschlaggebenden normativen Kriterien.⁶³ Danach kann dem Tötungsbeweggrund der Rache im Lichte der basalen Ordnungsprinzipien des bundesdeutschen Rechtsstaats auf Unrechtsebene schlechterdings nicht mit wohlwollendem Verständnis begegnet werden. Wer rachemotiviert „Gerechtigkeit“ um den Preis der Tötung Dritter sucht, bewirkt durch den Einbruch in das staatliche Strafverfolgungsmonopol in Zusammenwirken mit der „Verhängung“ der verfassungsrechtlich geächteten Todesstrafe gezielt einen Zustand, der ungeachtet des Gewichts der Vortat sowie der hierauf fußenden inneren

⁶¹ Weiterführend hierzu Schneider, FS Widmaier, S. 759, 776 sowie Müssig, Mord, S. 319, 322.

⁶² Aufschlussreich insoweit BGH StV 2001, 228, 229.

⁶³ Prägnant Grünwald, Tötungsdelikt, S. 217-219; dies. NStZ 2010, 1, 6 f.. Ähnlich wenngleich abgeschwächt, Fischer § 211 Rdnr. 14 a und NK/Neumann § 211 Rdnr. 28.

Aufgewühltheit des Täters gesellschaftlich kategorial unerwünscht ist und ein Ausmaß an Sozialgefährlichkeit demonstriert, das die Höchststrafe rechtfertigt.⁶⁴

4. Sozialgefährlichkeit selbstjustizieller Tötung in Bestrafungsabsicht

Die vorstehenden Ausführungen zu den gesellschaftlichen Auswirkungen selbstjustizieller Tötungen in Bestrafungsabsicht zeigen auf, dass dieses Tatmotiv im Tötungskontext als gleichermaßen anti-sozial anzusehen ist wie das seinerseits höchststrafwürdige der Strafvereitelungsabsicht. Ausschlaggebend für diese Bewertung des Rachemotivs ist Folgendes: Die Zentralisierung der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung in staatlich geregelten Verfahren ist eine kulturhistorische Errungenschaft aller ersten Ranges; sie ist für ein rechtsstaatliches Gemeinwesen konstitutiv und prinzipiell nicht hintergebar. Täter, die sich dagegen bewusst auflehnen und ihre individuellen Belange unter gezielter Umgehung der zur Rechtswahrung berufenen Instanzen eigenmächtig durch Tötung eines Delinquenten verfolgen, erscheinen in ihrer dadurch manifestierten solipsistischen Rücksichtslosigkeit besonders gefährlich. Sie stellen nicht nur unter Beweis, dass sie grundlegende Rechtsnormen nicht anerkennen;⁶⁵ zudem exekutieren sie mit der eigenmächtig festgesetzten „Todesstrafe“ eine Sanktion, die im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland definitiv geächtet ist. Es leuchtet ein, dass diesem hochgradig sozialschädlichen Vorgehen ohne Rücksicht auf individualpsychologische Befindlichkeiten mit der ganzen Härte der lebenslangen Freiheitsstrafe konsequent und unnachsichtig entgegen getreten werden muss.

IV. Zusammenfassung

- Höchststrafwürdige Tötungen nach § 211 StGB heben sich vom Totschlag durch signifikant gesteigertes Handlungsunrecht ab. Eine solche Steigerung kann auf besonders sozialgefährliche anti-soziale Beweggründe zurückgehen.
- Die Sozialbedrohlichkeit eines Tatmotivs muss nach rechtlichen Kriterien bestimmt werden. Danach sind beispielsweise Tötungen unter Missachtung des personalen Eigenwerts des Opfers – etwa Taten aus Rassenhass – höchststrafwürdig (Art. 1 Abs. 1 GG). Gleichermäßen sozialschädlich wirken Tötungsdelikte, mit denen der Täter über die Lebensvernichtung hinaus Grundwerte des demokratischen Rechtsstaats gewaltsam in Frage stellt

⁶⁴ Heine, S. 242 f. Weniger strikt LK/Jähnke § 211 Rdnr. 29 mit Fn. 141.

⁶⁵ Heine, S. 242 f.; Schneider, FS Widmaier; S. 759, 776 f.; Grünewald, NSTz 2010, 1, 6 f.

(Art. 20 Abs. 3 GG). Hierunter fallen beispielsweise politisch motivierte Tötungen, weil sie dem für die Demokratie konstitutiven Gebot der Gewaltfreiheit der politischen Auseinandersetzung zuwiderlaufen (Art. 8 GG).

- Die Tötung zur Verdeckung einer Straftat erfasst einen Teilbereich strafvereitelungsmotivierter vorsätzlicher Lebensvernichtung. Freilich sind alle solche Fälle durchgängig höchststrafwürdig, weil der Täter hierdurch der Rechtswahrungsfunktion des Staates gewalt-sam entgegenwirkt. Sein Streben ist anti-sozial; denn es ist auf die Herbeiführung eines Zu-stands gerichtet, den die Gesellschaft kategorial missbilligt. Gründe, ihm in solchen Fällen mit Nachsicht zu begegnen, kennt die Rechtsordnung nicht.

- Verdeckungstötungen mit außerstrafrechtlichen Verdeckungszwecken richten sich nicht gegen die staatliche Rechtswahrungsfunktion. Da das Spektrum solcher Fälle rechts-tatsächlich weit gefächert ist, kann ihre Höchststrafwürdigkeit nicht ohne weiteres ausge-macht werden.

- Tötungen in selbstjustizieller Bestrafungsabsicht werden derzeit gemeinhin im Lichte der Motivgeneralklausel unter dem Stichwort „Rache“ erörtert. Sie liegen mit Blick auf ihre Sozialgefährlichkeit wertungsmäßig auf einer Linie mit den Tötungen in Strafvereitelungsab-sicht. Der Selbstjustiz übende Täter stellt mit seinen todbringenden Gewaltverbrechen die staatliche Rechtswahrungsfunktion in Frage, indem er die Durchsetzung des Strafrechts an sich reißt und mit der selbstherrlich verhängten „Todesstrafe“ eine Sanktion exekutiert, die im bundesdeutschen Rechtsstaat geächtet ist. Die Gesellschaft hat gute Gründe, derart moti-vierte Taten ob ihrer anti-sozialen Ausrichtung und Wirkung ungeachtet vordergründig re-klamierter Beweggründe – etwa Rache – zukünftig einem gesonderten Mordmerkmal zu un-terstellen.

- Eine vom aktuellen Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht inspirierte Regelung tödli-cher Eingriffe in die Strafverfolgungstätigkeit des Staates könnte wie folgt lauten:

Mit lebenslanger Freiheitsstrafe wird bestraft, wer einen Menschen tötet, um die staatliche Verfolgung einer von ihm oder einem anderen begangenen Straftat zu erschweren oder zu vereiteln.

Ebenso wird bestraft, wer einen anderen aus Rache oder aus sonstigem Grunde tötet, um dadurch die Begehung einer Straftat zu ahnden.