

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB): Kritische Betrachtung von Reformbedarf und Reformvorschlägen

von Prof. Dr. Gunnar Duttge\*

### Abstract

Seit kurzem liegt ein konkreter Referentenentwurf zur Reform der Tötungsdelikte vor. Dieser beansprucht, auf der Grundlage der seit langem formulierten Kritik am geltenden Recht und zahlreicher Reformvorschläge, zuletzt insbesondere der eigens hierzu eingesetzten Expertenkommission, die mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 unvollendet gebliebene Gesamtreform des Besonderen Teils des StGB abzuschließen. Dieses Selbstverständnis hält jedoch einer näheren Prüfung nicht stand, weil es dazu einer weit grundsätzlicheren Neukonzeptionierung der §§ 211 ff. StGB bedurft hätte.

Recently, a specific Minister's draft concerning the reform of homicide has been released. Based on long-time criticism of applicable law and numerous reform proposals, lastly particularly those of a specifically established commission of experts, the draft claims to complete the overall reform of the Criminal Code's Special Section, which had to remain unfinished since the 6th law to reform German criminal law in 1998. This kind of self-perception, however, does not withstand detailed examination, for it would have required a far more categorical redesign of Section 211 et seq. of the German Criminal Code for this purpose.

### I. Anlass und Reformziele

Die Reform der Tötungsdelikte und insbesondere des Mordtatbestandes (§ 211 StGB) zählt schon seit langem zu jenen strafrechtlichen „Baustellen“, deren Existenz dem Grunde nach nicht mehr bestritten wird. Zu sehr drängen sich die im Lichte der absoluten Strafdrohung inakzeptablen Unsicherheiten bei der Anwendung einzelner Mordmerkmale, aber auch beim Verständnis der übergreifenden Grundidee für die postulierte Unrechtssteigerung gegenüber dem Totschlag wie überhaupt des rechtssystematischen Verhältnisses der §§ 211-216 StGB zueinander

förmlich auf. Schon im Jahre 1980 hat der Deutsche Juristentag daher auf der Grundlage des vielbeachteten Gutachtens von Albin Eser<sup>1</sup> Empfehlungen zu einer Neugestaltung der Tötungsdelikte formuliert;<sup>2</sup> der renommierte Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer legte, nachdem er bereits 1970 die Debatte angestoßen hatte,<sup>3</sup> im Jahre 2008 nochmals einen konkret ausgearbeiteten Entwurf vor,<sup>4</sup> ohne dass dies alles (von einem intransparent gebliebenen „Arbeitsentwurf des Bundesjustizministeriums“ 2001 abgesehen)<sup>5</sup> erkennbares Interesse der Rechtspolitik geweckt hätte. Vielmehr war deren Haltung offenbar über lange Zeit hinweg von der Annahme geprägt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung mit dem vorhandenen Normenbestand doch einigermaßen zurechtkomme und deshalb keine Notwendigkeit für ein Eingreifen des Gesetzgebers bestehe.

Dass sich der rechtspolitische „Wind“ inzwischen gedreht hat, seit der gegenwärtige Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz Heiko Maas die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte entdeckt und zu einem Anliegen der aktuellen Kriminalpolitik gemacht hat, war infolgedessen eine einigermaßen überraschende Wendung: Sie führte im Jahr 2014 zielstrebig zur Einsetzung einer Expertenkommission „aus Theorie und Praxis“, die im vergangenen Jahr einen umfangreichen Abschlussbericht vorgelegt hat.<sup>6</sup> Nach einer auffallend längeren Phase des Zuwartens, in der die Vorschläge der Expertenkommission zwar publizistisch und auf Podien<sup>7</sup> breit diskutiert wurden, aber wiederum folgenlos in die Archive zu verschwinden drohten, liegt seit kurzem ein Referentenentwurf des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz vor.<sup>8</sup> Er bekräftigt, dass der bisherige Rechtszustand „unbefriedigend“ sei, täuscht jedoch eine „grundlegende Reform der Tötungsdelikte“<sup>9</sup> lediglich vor, ohne die eigentlichen Grundprämissen der geltenden §§ 211 ff. StGB kritisch zu hinterfragen. Eben dies soll im Folgenden in rechtsgrundsätzlicher Absicht unternommen werden, ohne dass es im hiesigen Rahmen freilich möglich wäre, die facettenreiche Debatte der letz-

\* Der Verfasser ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Gustav-August Universität Göttingen.

<sup>1</sup> Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindstötung (§§ 211-213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980.

<sup>2</sup> Abgedruckt in: NJW 1980, 2509 ff.

<sup>3</sup> Baumann et al., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970.

<sup>4</sup> Alternativ-Entwurf Leben, Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2008, 193 ff.

<sup>5</sup> Zu ediesem näher Otto, Jura 2003, 612 (621 f.).

<sup>6</sup> Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB) vom Juni 2015, online: [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150629\\_Abschlussbericht\\_Expertengruppe\\_Toetungsdelikte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/20150629_Abschlussbericht_Expertengruppe_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>7</sup> S. u.a. die von ELSA Göttingen veranstaltete Podiumsdiskussion (<http://www.worldventz.com/events/Podiumsdiskussion:+Ein+ungerechtes+Gesetz+gib/454227238100729>), dazu der Tagungsbericht: Klaffus/Steuer, KriPoZ 1/2016, 86 ff.

<sup>8</sup> Auszugsweise berichtet in: Der Spiegel v. 25.3.2016.

<sup>9</sup> Referentenentwurf, S. 10.

ten Jahre oder gar Jahrzehnte im Einzelnen nachzuzeichnen und jedes begegnende Detail einzubeziehen.<sup>10</sup> Wenn jedoch die zentralen Gründe für den fortwährend reklamierten Reformbedarf auf ihre sachliche Überzeugungskraft hin überprüft werden, ergeben sich hieraus zwangsläufig die nötigen Einsichten in die wahre Problematik des § 211 StGB und in die daraufhin einzuschlagende Richtung für sachadäquate Reformvorschläge jenseits der wechselhaften Launen des jeweiligen kriminalpolitischen Zeitgeistes.

## II. Zu den Motiven und Reformvorschlägen der Expertenkommission

Ausweislich der ministeriellen Eröffnungsrede anlässlich der Einsetzung der Expertenkommission soll die „Unabweisbarkeit“ einer Reform der Tötungsdelikte durch drei Gründe maßgeblich bedingt sein:<sup>11</sup> Erstens gibt es bekanntlich die „zweifelhafte Historie“ ihrer Geburt durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber, was sich in den tätertypologischen Formulierungen der §§ 211 f. StGB („Mörder ist...“) zum Ausdruck gebracht hat. Dieser Distanz zu einem rechtsstaatlichen Tatstrafrecht sei der „Strafrechtsideologie der Nazis“ adäquat gewesen, nicht aber der Bindung des heutigen StGB an das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) mit seinem Gebot der „Rechtsklarheit“ und Vorabfestlegung des Strafbaren in „konkreten Tatbeständen“. Hiermit verbindet sich zugleich – zum zweiten – die Kritik an den Mordmerkmalen des § 211 StGB, die sich – wie insbesondere die „niedrigen Beweggründe“ – als „moralisch aufgeladene Gesinnungsmerkmale“ zeigen. Damit sei ein „Einfallstor für Willkür“ geschaffen worden, das die höchstrichterliche Rechtsprechung nach 1945 nur durch weitreichende richterliche Rechtsfortbildung ab eindämmen können. Drittens schließlich wird überdies ein manifestes Gerechtigkeitsproblem in den sog. „Haustyrannen“-Fällen gesehen: Die geltende Fassung des § 211 StGB benachteilige die physisch Unterlegenen (Frauen), weil es eben oftmals die einzige Waffe der Schwachen gegen Gewalt und Brutalität ist, sich unter Verdeckung ihrer wahren Absichten – mithin „heimtückisch“ – zur Wehr zu setzen. Dies als höchststrafwürdig anzusehen sei unangemessen, für die vom Bundesgerichtshof für „außergewöhnliche Umstände“ anerkannte außerordentliche Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB (sog. Rechtsfolgenlösung)<sup>12</sup> findet sich im Gesetz aber keine Grundlage.

Diese zentralen Motive der gegenwärtigen Debatte, die auch den Ausgangspunkt für die Beschlüsse der Experten-

kommission bilden, wirken bei oberflächlicher Betrachtung einleuchtend, weisen jedoch auf den zweiten Blick einige Fragwürdigkeiten auf: So ist der populären Phrase von der „braunen Schleimspur“<sup>13</sup> leicht erkennbar ein simplifizierender Historismus eigen, weil die Ausdifferenzierung des § 211 StGB in heterogene Mordmerkmale auf den *Stoob*schen Vorentwurf eines schweizerischen StGB 1894 zurückgeht<sup>14</sup> und im Übrigen das historische Datum allein gewiss nicht genügt, um „typisch nationalsozialistisches Unrecht“ zu identifizieren. Die bisherige Argumentationsweise drückt sich daher vor der eigentlichen Frage, worin genau der nationalsozialistische Gehalt des § 211 StGB bestehen soll. Soweit hierfür auf die tätertypologischen Formulierungen verwiesen wird, wäre es ein Leichtes und wenig spektakulär, diese bei nächster Gelegenheit zu beseitigen; soweit auf die problematische Bestimmtheit einiger Mordmerkmale Bezug genommen wird, ist dieses Unbehagen unbestreitbar begründet, nimmt aber dem historischen Argument seine eigenständige Bedeutung. Denn Zweifel an der nötigen gesetzlichen Bestimmtheit gibt es im Hinblick auf bestehende Strafvorschriften auch jenseits der historisch Bemakelten, ohne dass sich jedoch der Gesetzgeber von der insoweit vorgetragenen Kritik bislang auch nur ansatzweise hätte beeindruckt lassen.<sup>15</sup> Ganz im Gegenteil begreift die neuere Rechtsprechung des *BVerfG* die erforderliche Voraussehbarkeit inzwischen als Aufgabe der richterrechtlichen Konkretisierung,<sup>16</sup> was doch in Bezug auf § 211 StGB dann in gleicher Weise dem Bundesgerichtshof aufgegeben werden könnte. Soweit dieser der Versuchung nicht hat widerstehen können, einzelne Mordmerkmale mit moralisierenden Gesinnungsformeln aufzuladen („nach allgemeiner sittlicher Anschauung auf tiefster Stufe stehen“<sup>17</sup>, „abstoßendes, ungesundes Gewinnstreben um jeden Preis“<sup>18</sup>), könnte erwidert werden, dass diese Rechtsprechung keineswegs alternativlos ist. Im Übrigen gäbe es, wollte man wirklich Ernst machen mit einer historisch motivierten „Reinigung“ des StGB, im geltenden Recht durchaus noch einige weitere Kandidaten jenseits des § 211 StGB (man denke insbesondere an §§ 142,<sup>19</sup> 316a<sup>20</sup>, 323a<sup>21</sup> StGB), die auszuklammern das laufende Reformprojekt – von der geschichtlichen Warte aus betrachtet – selbst zu einem willkürlichen Unternehmen machen würde.

Das verbreitete Unbehagen an einer Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe im „Haustyrannen“-Szenario verweist hingegen jenseits des punktuellen Gefühls der „Ungerechtigkeit“ auf ein weit grundsätzlicheres, bis heute ungelöstes Grundproblem: Was sollte denn aufgrund welcher „höheren Einsicht“ überhaupt die einem „Mord“

<sup>10</sup> S. zu den Einzelheiten die Habilitationsschrift von *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010.

<sup>11</sup> Abgedruckt in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 1 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BGHSt 30, 105 ff.

<sup>13</sup> *Fischer*, in: *Zeit online* vom 12.12.2013; ähnlich *Eser*, in: FS Kargl, 2015, S. 91 (96): „solcher Ungeist ist von Grund auf auszumerzen“.

<sup>14</sup> Zutreffender Hinweis bei *Hauck*, HRRS 2016, 230 (239).

<sup>15</sup> Beispielhaft zur Fahrlässigkeit: *Duttge*, JZ 2014, 261 ff.

<sup>16</sup> Grundlegend *BVerfGE* 126, 170 ff.; dazu näher *Saliger*, in: *Duttge/Unver* (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2014 (Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht, Bd. 3), S. 123 ff. (m.w.N.); s. auch *Gropp*, in: FS Goerlich, 2015, S. 105 (123): „Richter zum Ersatzgesetzgeber gemacht“.

<sup>17</sup> BGHSt 47, 128 (130); 50, 1 (8); NStZ 2004, 332; 2006, 338 (340).

<sup>18</sup> BGHSt 10, 399; 29, 317 (318); NJW 1995, 2365 (2366); 2001, 763.

<sup>19</sup> S. § 139a RStGB i.d.F. d. VO v. 2.4.1940 (RGBl. I, S. 606).

<sup>20</sup> Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22.6.1938 (RGBl. I, S. 651).

<sup>21</sup> Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher ... v. 24.11.1933 (RGBl. I 995).

zugeschriebene nochmalige Unrechtssteigerung<sup>22</sup> verglichen mit dem Grundtypus jedweder vorsätzlichen Fremdtötung („Totschlag“) begründen? Denn es versteht sich doch von selbst, dass die seit langem beklagte Heterogenität und die dadurch resultierenden Folgeprobleme in der rechtssystematischen Zusammenschau der Mordmerkmale ihre zentrale Ursache darin finden, dass weithin Ratlosigkeit herrscht, welche übergreifende Leitidee denn eigentlich zur näheren Bestimmung jener Höchststrafwürdigkeit Orientierung geben soll. Die vergangenen 100 Jahre illustrieren im Kern nur mehr eine fortgesetzte ergebnislose Suche nach jener einen entscheidenden Maßgabe: von der psychologisierenden „Überlegung/Vorausplanung“<sup>23</sup> zum unklaren Dualismus<sup>24</sup> zwischen „Gefährlichkeit“<sup>25</sup> und diffuser „Verwerflichkeit“<sup>26</sup> bis hin zum heute vorherrschenden Pluralismus der Beliebigkeit, in der die Suche nach einem übergeordneten Prinzip praktisch aufgegeben ist. Dieser Befund ist nicht etwa nur von innersystematischer Relevanz (so dass man sich um einer systematischen Stimmigkeit willen auch mit einem Nebeneinander „passender“ Leitkriterien zufriedengeben könnte), sondern weckt weit grundsätzlicher Zweifel an der Berechtigung, überhaupt gesteigertes Unrecht jenseits der vorsätzlichen Fremdtötung rational ausweisen zu können. Fehlt es aber an jedwedem vorgeordneten Maßstab, der das Spezifische eines „Mordes“ im Unterschied zu den „gewöhnlichen“ oder „durchschnittlichen“ (vorsätzlichen) Tötungstaten zu kennzeichnen vermag, dann sollte es niemanden überraschen, dass die gesetzlich vorgegebenen Mordmerkmale schon als solche und ebenso ihre Anwendung auf das forensische Anwendungsfeld den Eindruck der Beliebigkeit und Nichtvoraussagbarkeit wecken – d.h. im Lichte des virtuell Höchststrafwürdigen möglicherweise Konstellationen zu Unrecht erfassen (wie etwa im Haustyranen-Szenario, aber auch im aufsehenerregenden „Kannibalen“-Fall,<sup>27</sup> bei angenommener „Freiverantwortlichkeit“ der Opferzustimmung) oder eben zu Unrecht nicht erfassen.<sup>28</sup> Zugleich muss von dieser Warte aus im Übrigen auch jeder rechtspolitische Vorschlag nach Streichung, Modifizierung oder Hinzufügung einzelner Mordmerkmale von vornherein willkürlich erscheinen.

Welche Antworten gibt die Expertenkommission auf diese Herausforderungen? Realistischerweise konnten die Erwartungen natürlich von vornherein nicht dahin gehen, dass die bei ihrer Einsetzung bewusst zusammengeführten

heterogenen Richtigkeitsvorstellungen der einzelnen Mitglieder am Ende in jedem Detail konsensuale Auflösung finden, sondern dass sich die Ergebnisse – soweit nicht bewusst mehrere divergierende Optionen gleichrangig nebeneinander gestellt werden – zwangsläufig auf das Ausloten des jeweils „Mindestgemeinsamen“<sup>29</sup> konzentrieren. So ist es auch nicht weiter überraschend, dass es selbst in der strukturellen Ausgangsfrage nach einer Zwei- oder Dreistufigkeit der Grundkonzeption keinen Konsens gibt, wohl aber die Mehrheit für die Beibehaltung des geltenden (dreistufigen) „Qualifizierungsmodells“ eintritt. Zur Begründung wird zum einen vorgebracht, dass das „historisch gewachsene Verständnis der Bevölkerung“ von einer Steigerbarkeit des Unrechts und/oder der Schuld vorsätzlicher Tötungstaten nicht irritiert werden dürfe; zum anderen sei ein differenzierendes Regelungskonzept vonnöten, um die auch tatsächlich bestehende Graduierbarkeit bei bestimmten Begehungsweisen oder bei Vorliegen bestimmter Motive adäquat erfassen zu können.<sup>30</sup> Diese Position, einstweilen kritiklos zugrunde gelegt,<sup>31</sup> hätte aber zwingend eine hinreichende Klarheit darüber vorausgesetzt, welche Leitidee diese Steigerbarkeit materiell anleiten soll. Obgleich die Mehrheit der Annahme folgt, dass sich das Ensemble der künftigen Mordmerkmale auf vorgeordnete Leitprinzipien zurückführen lassen und daraus die nötige Sinngebung erlangen müsse, ist sich die Kommission ganz und gar einig in ihrer Uneinigkeit, nach welcher Maßgabe sich die künftige Mordqualifikation ausrichten sollte.<sup>32</sup> Teilweise wird eine Orientierung am Momentum der „Gemeinschaftsbedrohlichkeit“ bzw. „Sozialgefährlichkeit“ präferiert<sup>33</sup> und dieses wiederum teilweise im Gedanken des „kumulierten Unrechts“<sup>34</sup> konkretisiert gesehen, überwiegend aber ebenso die „Verwerflichkeit“ für relevant gehalten. Daneben soll auch noch die Menschenwürdegarantie bzw. das Diskriminierungsverbot Orientierung geben, während die vom *Alternativ-Entwurf Leben* vorgeschlagene „Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“<sup>35</sup> einhellig verworfen wird.<sup>36</sup> Von hier aus empfiehlt die Mehrheitsauffassung der Kommission sodann eine „moderate Ergänzung der Mordmerkmale“, die sich – leicht erkennbar – die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (warum aber nicht das behindertenbezogene Benachteiligungsverbot des S. 2?) zum Vorbild nimmt (Tötung „wegen der Abstammung“, der „ethnischen oder sonstigen Herkunft“, des „Glaubens oder der religiösen Anschauung“ und „aus rassistischen Beweggründen“)<sup>37</sup>. Diese sol-

<sup>22</sup> Eingehend zum verbrechenssystematischen Charakter der Mordmerkmale: Gerhold, Die Akzessorität der Teilnahme an Mord und Totschlag, 2014, S. 426 ff., 480 ff.

<sup>23</sup> So explizit die Fassung des § 211 StGB vor 1941; für eine Wiedereinführung G. Wolf, in: FS Schreiber, 2003, S. 519 (532); zu den zentralen Einwänden etwa Eser (Fn. 1), D 28 ff.

<sup>24</sup> S. Neumann in: NK-StGB, 4. Aufl. (2010), Vorb. § 211 Rn. 152; Saliger, ZStW 109 (1997), 306 ff.

<sup>25</sup> In diesem Sinne zuletzt u.a. auch der *AE-Leben* (Fn. 4): Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit; zur Kritik näher Grünwald (Fn. 10), S. 50 ff.: Verstoß gegen Tatschuldprinzip, Irrationalität etc.

<sup>26</sup> Dezidiert ablehnend statt vieler nur Schneider, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 211 Rn. 10: „Verwerflichkeitsmodelle sind maßlos. Sie basieren auf beliebig ausdeutbaren Leerformeln, deren Erkenntnisgewinn von dem mehr oder weniger dezisionistischen Input an Vorgaben abhängt“.

<sup>27</sup> BGHSt 50, 80 ff.

<sup>28</sup> S. etwa BGH, Urt. v. 22.10.2014 – 5 StR 380/14, m. Anm. Grünwald, HRRS 2015, 162 ff.

<sup>29</sup> Aus rechtsphilosophischer Warte zum „Mindestgemeinsamen“: Schlüchter, NStZ 1984, 300 ff.

<sup>30</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 23.

<sup>31</sup> S. nachfolgend III.

<sup>32</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 28.

<sup>33</sup> Schneider, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 111, 128.

<sup>34</sup> Ignor, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 99.

<sup>35</sup> GA 2008, 193 ff.

<sup>36</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 29 f.

<sup>37</sup> A.a.O., S. 18, 38 f., dort auch zu weiteren, freilich abgelehnten Ergänzungsvorschlägen.

len die Motivgeneralklausel („aus niedrigen Beweggründen“) ergänzen, aber nicht ersetzen.<sup>38</sup> Eine weitere Ergänzung hat – in „zwingender Weiterentwicklung“ der Verwendung „gemeingefährlicher Mittel“ – die (versuchte) Tötung mehrerer Menschen innerhalb derselben Tat i.S.v. § 52 StGB zum Gegenstand.<sup>39</sup> Beibehalten will die Kommission des Weiteren auch die „Heimtücke“ jedenfalls „in ihrem Kernbereich“, obgleich diese durchaus als „dringend reformbedürftig“ angesehen wird; ihre künftige Gestalt will allerdings ein Teil der Kommissionsmitglieder in Anlehnung an § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB („hinterlistiger Überfall“) modifiziert wissen. Weil auf diese Weise freilich nach wie vor die Tötung von Kleinstkindern und Bewusstlosen nicht (ohne Weiteres) erfasst wird, schlägt die Kommissionsmehrheit als zusätzliches Mordmerkmal die „Ausnutzung einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“ vor.<sup>40</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolge plädiert die Mehrheit für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe, aber ebenso für eine Auflösung des sog. Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus, ohne dass sich über die konkrete Weise dieser Auflösung (Optionen: Kodifizierung der Rechtsfolgenlösung bei erheblich reduzierten Unrechts; fakultative Strafmilderung; Strafzumessungsregelung für minder schwere Fälle; Ersetzung der Mordmerkmale durch indiziell wirkende Regelbeispiele)<sup>41</sup> Einigkeit erzielen ließe.

### III. Kritische Würdigung

Die vorstehend skizzierten Vorschläge der Expertenkommission lassen unschwer erkennen, dass die mit großem Aplomb angekündigten Reformüberlegungen im Kern ganz um das geltende Recht kreisen, damit aber das ursprünglich in den Blick genommene Reformpotential bei weitem nicht ausschöpfen. Dabei fällt vor allem ins Auge, dass auf die zu Beginn der aktuellen Reformdebatte angeführten Bedenken de facto gar keine Antwort gegeben wird: Wenn keines der bisherigen Mordmerkmale – eingeschlossen die als besonders problematisch geltenden der „Verdeckungsabsicht“<sup>42</sup>, „Habgier“<sup>43</sup> und der „sonst niedrigen Beweggründe“<sup>44</sup> – entfallen soll, kann von einer „Entnazifizierung“ durch Stärkung des Gesetzlichkeitsprinzips (jenseits der lediglich sprachlichen Bereinigung der tätertypologischen Terminologie) keine Rede sein. Denn dazu hätten die von vornherein täterbezogen auf „Gesinnungen“ abhebenden Mordmerkmale ebenso wie jene, die jedenfalls in der Deutung des *BGH* anfällig für subjektivierend-moralisierende Imprägnierungen sind (wie z.B. auch die „Grausamkeit“<sup>45</sup> bei Bezugnahme auf

eine „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung“<sup>46</sup>), gestrichen oder doch jedenfalls wesentlich – stärker tatbezogen – modifiziert werden müssen. Zu den geltenden aber lediglich noch ein paar weitere Mordmerkmale hinzuzufügen, beseitigt weder die bestehenden Anwendungsunsicherheiten noch das eklatante Begründungsdefizit im Hinblick auf den gesuchten verlässlichen Ausweis des Höchststrafwürdigen. Daran kann die vorgeschlagene Auflösung des strikten Konditionalverhältnisses von Normvoraussetzung (Mordmerkmal) und Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe) nichts ändern, solange im Dunkeln bleibt, was zur jeweiligen Annahme einer erheblichen Unrechts- bzw. Schuldinderung berechtigten soll. Ganz im Gegenteil würde dadurch nur die Gesetzesbindung weiter – und jetzt explizit – gelockert, was die Regelbeispielstechnik bekanntlich durch vordergründiges Ausweichen auf die Strafzumessungsebene nur mehr zu verschleiern sucht.<sup>47</sup>

Im Besonderen lässt sich auch mit Blick auf das Haustyrrannen-Szenario nicht erkennen, dass auf der Grundlage der Kommissionsvorschläge künftig die unerwünschte Höchststrafe verlässlich abgewendet wäre. Die befürwortete Erweiterung des gerichtlichen Bewertungsspielraums kann justament deshalb nicht in abstracto die stete Annahme eines nicht der Indizwirkung folgenden, minderschweren bzw. zur fakultativen Strafmilderung berechtigenden Falles garantieren, während die vorgeschlagene Modifizierung des „Heimtücke“-Merkmals zugunsten des „hinterlistigen Überfalls“ in Konstellationen opferseitig vorgespielter Unterwürfigkeit etc. zwecks erzwungenen Zuwartens auf einen günstigen Augenblick eben keine tatbestandliche Ausgrenzung bewirken dürfte.<sup>48</sup> So hat der *Bundesgerichtshof* etwa im heimlichen Beibringen eines Schlaf- oder sonstigen Betäubungsmittels die Voraussetzungen bereits als gegeben erachtet.<sup>49</sup> Dieser Befund des Ungenügens der Reformüberlegungen ist umso bemerkenswerter, als die vorgeschlagene Modifikation der „Heimtücke“ doch gerade aufgrund der Einsicht erfolgte, dass die bisherige Formel vom „bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers (in feindlicher Willensrichtung)“<sup>50</sup> einen zu weiten Anwendungsbereich zur Folge habe.<sup>51</sup> Nimmt man allerdings den auch von der Kommission diskutierten Gedanken ernst, wonach das Haustyrrannen-Szenario als ein „Akt der Selbstjustiz“<sup>52</sup> in „notwehrähnlicher Lage“<sup>53</sup> erscheine, so sollte nicht im Wege einer „Sonderlösung“ pragmatisch-kompromisshaft eine „mittlere Strafe“ gesetzt, sondern unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze eine konsequente Entscheidung getroffen werden, ob eine solche Tötungstat unter

<sup>38</sup> A.a.O., S. 35.

<sup>39</sup> A.a.O., S. 51 f.

<sup>40</sup> A.a.O., S. 19, 44.

<sup>41</sup> A.a.O., S. 21, 53 ff.

<sup>42</sup> A.a.O., S. 50.

<sup>43</sup> A.a.O., S. 34.

<sup>44</sup> A.a.O., S. 36.

<sup>45</sup> A.a.O., S. 45 f.: soll beibehalten werden.

<sup>46</sup> BGHSt 3, 180; *BGH*, NStZ 1982, 379; NJW 1986, 265 (266); krit. *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 140 ff.; *Neumann* in: NK-StGB, § 211 Rn. 79.

<sup>47</sup> Grdl. zur Kritik *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004.

<sup>48</sup> Weil bereits hierin ein planmäßiges, auf Verdeckung der wahren Absichten berechnendes Vorgehen (*BGH*, NStZ 2004, 93; NStZ 2007, 702; NStZ-RR 2009, 77; NStZ 2012, 698) zu sehen sein dürfte.

<sup>49</sup> Vgl. *BGH*, NStZ 1992, 490; NStZ-RR 1996, 100; NStZ 2009, 505 (506).

<sup>50</sup> St. Rspr., vgl. etwa BGHSt 32, 382 (383); 39, 353 (368); 48, 255 (256).

<sup>51</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 19.

<sup>52</sup> A.a.O., S. 126.

<sup>53</sup> A.a.O., S. 138 f.

engen Voraussetzungen (insbesondere wegen der faktischen oder jedenfalls vorgestellten Ausweglosigkeit) im Einzelfall akzeptiert (§ 32 oder § 34 StGB<sup>54</sup> bzw. Erlaubnistatumsstandsirrtum) bzw. geduldet (Verbotsirrtum, übergesetzlicher entschuldigender Notstand bzw. § 35 Abs. 2 StGB analog<sup>55</sup>) werden kann oder nicht. Die weithin so empfundene „Ungerechtigkeit“ bei Verhängung der Höchststrafe resultiert dann aber nicht etwa aus einer fehlerhaften Klassifizierung des tatbestandlichen Unrechts, sondern – weit grundsätzlicher – aus dem Umstand, dass das geltende Recht in seinen allgemeinen Grundlagen (nach vorherrschender Auslegung) die tatprägende Selbsthilfelage des tyrannisierten Opfers für irrelevant erklärt – wobei noch zu klären wäre, ob dies durch eine sozialpsychologisch unsensible, allein auf generalpräventive „Strafbedürfnisse“ ausgerichtete Strafjustiz oder durch eine ungenügende Gesetzeslage bedingt ist.

Eine punktuelle Erweiterung des bisherigen Bestandes an Mordmerkmalen erhöht schließlich zugleich das Willkürproblem<sup>56</sup>, das sich in der allgemeinen Unfähigkeit zeigt, für die jeweils behauptete Höchststrafwürdigkeit einen kohärenten Leitmaßstab angeben zu können. So wirken die Kommissionsvorschläge in ihren konkreten Empfehlungen wie Zurückweisungen – noch dazu mit Blick auf die zahlreichen Stimmenthaltungen – eher zufallsbedingt, was sich noch verstärkt, wenn rechtsvergleichend auf den Möglichkeitsraum weiterer – bislang noch nicht „entdeckter“ – Mordmerkmale rekurriert wird: so z.B. die „wiederholte Tötung“ bzw. „Tötung eines Amtsträgers“ nach Art. 148 polnStGB, die „skrupellose Tötung“ nach Art. 112 schwStGB bzw. eine solche im Rahmen einer „organisierten Bande“ nach Art. 221-4 Nr. 8 des französischen Code pénale<sup>57</sup>, die Tötung „eines Verwandten in aufsteigender Linie oder eines Abkömmlings“ nach Art. 450 türkStGB oder mit einer „unerlaubt mitgeführten Schusswaffe“ (Vorschlag *Eser*)<sup>58</sup> usw. So sehr diese Divergenzen auch Ausdruck gesellschaftsbezogen heterogener Kriminalitätsphänomene und kultureller Besonderheiten sein mögen, bedürfte es jedoch näherer Gründe für die dem künftigen § 211 dStGB zugeschriebenen Mordmerkmale, um diese als wohlerwogenes Resultat kriminalsoziologischer wie normativer Analysen auffassen zu können. Die Expertenkommission folgt in ihrem Ausgangspunkt diesem Anspruch nach Rationalität, wenn sie akzeptiert, dass die Mordmerkmale sich aus Leitprinzipien deduzieren lassen müssen;<sup>59</sup> sie kann diesen Anspruch aber nicht einlösen, wenn sie es sodann bei einem arbiträren Nebeneinander (kommissionsmehrheitlich) plausibel erscheinender Topoi bewenden lässt. Wenn aber nicht begründet werden

kann, was die Unrechtssteigerung eines „Mordes“ im Vergleich zum Regelfall eines vorsätzlichen Tötungsdelikts überhaupt ausmachen soll, so ist es aus Sicht einer rationalen Kriminalpolitik geboten, hiervon Abstand zu nehmen.

Eine solche Abkehr vom dreistufigen Konzept der Tötungsdelikte liegt auch deshalb nahe, weil sich mit Blick auf die „Höchstwertigkeit“ des Rechtsguts „Leben“<sup>60</sup> eine nochmalige Steigerung in der Verletzungsdimension nur noch schwer plausibilisieren lässt, mithin der Etikettierung des Grundtypus vorsätzlicher Fremdtötung bloß als „Totschlag“ eine „inzidente Abwertung“ immanent ist.<sup>61</sup> Wie bereits *Gunther Arzt* prägnant festgehalten hatte: „Welche Geringschätzung des Rechtsguts Leben liegt dem geltenden Recht (...) zugrunde, wenn die vorsätzliche Lebensverletzung nur mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist, und welche Überschätzung der Mordmerkmale (...), wenn [erst] ihr Hinzutreten zur Anhebung der Strafe (...) auf lebenslänglich führt“<sup>62</sup>. Die Entfernung vom eigentlich intendierten Rechtsgüterschutz der §§ 211 ff. StGB zeigt sich unschwer im Lichte der klassifikatorischen Qualität menschlichen Lebens, das anders als andere Rechtsgüter nicht mehr oder weniger, sondern stets nur ganz oder gar nicht betroffen sein kann. Dementsprechend lässt sich eine Gradualisierung des vorsätzlichen Tötungsunrechts – und eine solche wird mit der „Qualifikationsthese“ denknotwendig postuliert – nicht auf der Seite des Erfolgs-, sondern allein des Handlungsunrechts vorstellen.<sup>63</sup> Denn selbst bei einer Rechtsgüterkumulation wie etwa beim „Raubmord“ stehen die zusätzlich betroffenen Rechtsgüter (hier: Eigentum, Willensentschlussfreiheit) nicht etwa im Plus-Minus-, sondern in einem Aliud-Verhältnis zum menschlichen Leben. Dementsprechend kann es auch bei behaupteter zusätzlicher Betroffenheit der Menschenwürdegarantie (denkbar z.B. bei der „grausamen Tötung“, anvisiert bei den ergänzungshalber vorgeschlagenen diskriminierungsbezogenen Mordmerkmalen)<sup>64</sup> nicht anders liegen. Eine Erhöhung auf Seiten des Handlungsunrechts wäre zwar bei Vorliegen besonderer Schutzpflichten (vgl. § 13 StGB) grundsätzlich konstruierbar;<sup>65</sup> nur gewinnt auch dieses Handlungsrecht sein deliktisches Gewicht erst aus dem intendierten Erfolg,<sup>66</sup> oder pointiert mit *Erich Samson*: „Alles das, was den Handlungsunwert ausmacht, ist intendierter Erfolgsunwert“<sup>67</sup>. In diesem Lichte lässt sich jedoch das deliktische Unrecht lediglich nach Maßgabe der – objektiven oder subjektiven – „Erfolgsmächtigkeit“<sup>68</sup> quantifizieren, ob also dem rechtsgutsbezogen als schutzwürdig ausgewiesenen Tatobjekt tatsächlich Schaden zugefügt (oder es

<sup>54</sup> Für eine Anwendung des § 34 StGB: *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 268 f.; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 157 f.; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 90; *Otto*, NSZ 2004, 142 ff.

<sup>55</sup> Zum Entschuldigungsirrtum in diesen Fällen u.a. *Haverkamp*, GA 2006, 586 ff.; *Spendel*, in: FS Schmitt, 1992, S. 205 (208 f. und 213 f.); *Welke*, ZRP 2004, 15 ff.

<sup>56</sup> S. o. bei Fn. 23 ff.

<sup>57</sup> Ähnlich *AE-Leben*, GA 2008, 193 (200); aktueller deutsch-französischer Vergleich zum Mordtatbestand in *Mitsch/Giraud*, ZJS 2013, 567 ff.

<sup>58</sup> Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980 (Fn. 1), S. 172, 200.

<sup>59</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 28.

<sup>60</sup> Vgl. etwa BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); *BVerfG*, NJW 1999, 3399 (3401); 2006, 891 (892); 2013, 1663 (1664); 2014, 2176.

<sup>61</sup> So bereits die Stellungnahme des *DAV* zur Reform der Tötungsdelikte vom Januar 2014, S. 25 f.; ebenso *Grünwald*, Reform der Tötungsdelikte, 2016, S. 12 f.

<sup>62</sup> *Arzt*, ZStW 83 (1971), 1 (12 f.).

<sup>63</sup> Dazu näher *Hauck*, HRRS 2016, 230 (232 ff.).

<sup>64</sup> S. o. bei Fn. 37 ff.

<sup>65</sup> Dazu näher *Grünwald* (Fn. 10), S. 178 ff.

<sup>66</sup> Zu dieser Grundeinsicht im Einzelnen *Hirsch*, in: Meurer-Gedächtnisschrift 2002, S. 3 ff. (insb. 14 f.).

<sup>67</sup> *Samson*, in: FS Grünwald, 1999, S. 585 (595).

<sup>68</sup> *A.a.O.*, S. 585 (599).

lediglich gefährdet) wurde und der Täter dies planvollzielgerichtet angestrebt (oder lediglich versehentlich bewirkt) hat. Ist der Unrechtserfolg in objektiver wie subjektiver Dimension vollumfänglich verwirklicht und für sich nicht quantifizierbar, so kommt innerhalb dieser Unrechtsdimension dem Umstand einer besonderen Pflicht zur Fürsorge kein nennenswertes eigenes mehr Gewicht zu.

Die Vorteile des sog. „Privilegierungsmodells“<sup>69</sup>, das in Anlehnung etwa an §§ 75 f. öStGB bereits die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen stets als „Mord“ bezeichnet, liegen auf der Hand: Es trägt der Höchststrangigkeit des Rechtsguts „(menschliches) Leben“ gebührend Rechnung und kann daher auf die – mutmaßlich ausweglose<sup>70</sup> – Suche nach einem umfassenden, rational begründeten Ensemble von Mordmerkmalen verzichten. Es erübrigt sich damit zugleich der – wenig erhellende und nur mehr intellektuelle Ressourcen vergeudende – Streit um das strafsystematische Verhältnis zwischen „Mord“ und „Totschlag“ und infolgedessen ebenso jener weitere um § 28 Abs. 1 bzw. 2 StGB. Zudem dürfte die Kennzeichnung jeder vorsätzlichen Tötungstat als „Mord“ der Anschauung der Bevölkerung – anders als die Mehrheitsposition der Expertenkommission offenbar geblendet von der jahrzehntelangen rein juristischen Geltung meinte<sup>71</sup> – weit näher stehen als das Hinzudenken weiterer, freilich unter dem Blickwinkel des Lebensschutzes irrelevanter Gesichtspunkte („Mordmerkmale“).<sup>72</sup> Eine dahingehende – „zweistufige“ – Konzeption<sup>73</sup> wirft jedoch das bislang offenbar nicht in der nötigen Schärfe erkannte Folgeproblem auf, wie sich dann – ohne Gefahr des Selbstwiderspruches – noch eine „Gradualisierung nach unten“ begründen lassen sollte.<sup>74</sup> Der in diesem Sinne innerhalb der Expertenkommission von *Deckers/Grünwald/König/Safferling* formulierte Reformvorschlag will den bisherigen benannten minderschweren Fall des § 213 Alt. 1 StGB (Provokationsvariante) zu einem eindeutigen<sup>75</sup> Privilegierungstatbestand umgestalten. Wenn dabei betont wird, dass die künftige Fassung der bisherigen extensiven Auslegung entgegenwirken solle, mit der das Rechtsgut „Leben“ in der Vergangenheit abgewertet worden sei,<sup>76</sup> lässt

sich aber nicht erkennen, wie dieser Effekt bei Anerkennung von Privilegierungstatbeständen überhaupt vermieden werden könnte. Schließlich ist solcher Zweistufigkeit doch denkbare Annahme zweier unterschiedlich „wertiger“ Klassen von Tötungsdelikten immanent, von der die eine – trotz vorsätzlicher Zerstörung menschlichen Lebens – weniger schwerwiegendes Unrecht darstellte. Die darin liegende „Abwertung“ mag in ihrer sachlichen Reichweite von geringerem Ausmaß sein verglichen mit dem geltenden § 213 StGB; sie besteht jedoch dem Grunde nach und kollidiert daher mit der Grundthese von der Nichtabstufbarkeit des (vorsätzlichen) Tötungsunrechts. In gleicher Weise gilt dies freilich auch für den geltenden § 216 StGB, der erstaunlicherweise (trotz eingeräumter Reformbedürftigkeit)<sup>77</sup> aus der Reformdebatte und den Diskussionen der Expertenkommission gänzlich ausgeschlossen war, und ebenso den neuen Straftatbestand der „geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ (§ 217 StGB). Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass eine konsistente Reform der Tötungsdelikte zwingend der Einbeziehung sämtlicher Normen und Sachgesichtspunkte des strafrechtlichen Lebensschutzes (in Bezug auf geborene Menschen) bedarf.

Für den neuen § 217 StGB ist allerdings anerkannt, dass es sich hierbei gar nicht um ein Tötungsdelikt im eigentlichen Sinne, sondern um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.<sup>78</sup> Die Strafdrohung setzt im weiten Vorfeld einer möglichen Beeinträchtigung des intendierten „Integritäts- und Autonomieschutzes“<sup>79</sup> an und ist daher nicht als Schwächung, sondern als (allerdings die Freiheitlichkeit bedenklich einschränkende)<sup>80</sup> Verstärkung des Lebensschutzes aufzufassen. Nicht anders liegt es aber auch für § 216 StGB: Denn nur bei Annahme einer solchen „Verdünnung“ des Rechtsgutsangriffs lässt sich die ausweislich des Strafrahmens geringere Unrechtsqualität erklären,<sup>81</sup> nachdem das Opferverlangen nach den Gesetzen der Logik nicht zugleich relevant – zugunsten einer Unrechtsminderung – wie irrelevant – weil das Unrecht nicht abschließend (sog. „Einwilligungssperre“) – sein kann. Auf der Basis der Einwilligungsdoktrin könnte die Verantwortungszuschreibung an die Adresse des Sterbewilligen ge-

<sup>69</sup> Zum konkreten Gesetzesvorschlag s. Abschlussbericht (Fn. 6), S. 90 ff. und *Grünwald* (Fn. 61), S. 57 ff.; s. auch schon *Eser* (Fn. 1), S. 34 ff., 199 f.; *Müssig*, Mord und Totschlag, 2005, S. 308 ff.; dediziert mit eingehender Begründung auch *Sotelsek*, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 270 ff., 342 ff.; zuletzt *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 (15); *Köhne*, ZRP 2014, 21 (24); *Kubiciel*, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 (273).

<sup>70</sup> Bekanntes Bonmot von *Franz v. Liszt*, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 5 (1905), S. 68: „Das Problem, zu einer neuen Begriffsbestimmung des Mordes zu gelangen, ist nicht gelöst. Das ist kein Vorwurf: denn das Problem selbst ist unlösbar“.

<sup>71</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 23.

<sup>72</sup> Zutreffend *Kubiciel*, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 f.

<sup>73</sup> In diesem Sinne u.a. bereits *Eser* (Fn. 1), S. 200; zuletzt *Kubiciel*, ZRP 2015, 194 (196).

<sup>74</sup> Einziger Kritiker – soweit ersichtlich – *Mitsch*, JR 2015, 122 (126): „...womit es zu rechtfertigen ist, dass allein mit den mildernden Umständen eine Tatbestandsverschiebung verknüpft wird, während den schärfenden Umständen lediglich Einfluss auf die Strafzumessung zuerkannt wird“.

<sup>75</sup> Schon nach geltendem Recht wird § 213 StGB teilweise als Unrechtsminderung aufgefasst, s. etwa *Deckers*, in: FS Rieß, 2002, S. 651 (665 ff.); *Zwiehoff*, Die provozierte Tötung, 2001, S. 7 ff.

<sup>76</sup> *Grünwald* (Fn. 61), S. 62.

<sup>77</sup> Deutlich *Grünwald* (Fn. 61), S. 51: „...sei aber nur beiläufig erwähnt“.

<sup>78</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 18/5373, S. 17; *Duttge*, NJW 2016, 120 (121 f.).

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 10.

<sup>80</sup> S. etwa die »Resolution deutscher Strafrechtslehrer/Innen gegen die Strafbarkeit des assistierten Suizids« in: medstra 2015, 129 ff.; weiterhin z.B. *Hillenkamp*, in: FS Kühl, 2014, S. 521 ff.; *Neumann*, medstra 2015, 16 ff.; *Saliger*, medstra 2015, 132 ff.; *Verrel*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 331 ff.

<sup>81</sup> So bereits *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, insbes. S. 103 ff.; zuvor bereits *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 380 ff., 394; *Jakobs*, in: FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 459 (467 f.) und in: Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtsreform, 1998, S. 23.

maß dem tradierten Rechtsprinzip des „volenti non fit iniuria“ stets nur eine vollständige und keine „halbe“ sein. Dementsprechend kann es sich auch bei § 216 StGB entgegen der insoweit missverständlichen Terminologie nicht um ein „Tötungsdelikt“, sondern muss es sich um die tatbestandliche Kennzeichnung eines gegenüber §§ 211 f. StGB eigenständigen, vorverlagerten Rechtsgutsangriff handeln. Damit entfällt aber der gesetzssystematische Anknüpfungspunkt für die vorgeschlagene tatbestandliche Vertypfung der bisherigen Strafzumessungsvorschrift des § 213 StGB.<sup>82</sup> Davon abgesehen bliebe auch hier unerfindlich, wie die postulierte „Verantwortungszuschreibung aufgrund des unmittelbar vorausgegangenen Opferverhaltens“ auf Unrechtsebene nur „partiell“<sup>83</sup> wirken können soll. Die Expertenkommission hat sich daher zu Recht für eine (grundsätzliche) Beibehaltung des § 213 StGB im bisherigen verbrechenssystematischen Gewande ausgesprochen.<sup>84</sup> Im Übrigen stünde jedes Konzept mit Privilegierungstatbeständen vor demselben – mutmaßlich unlösbaren – Problem wie die bestehende Struktur mit qualifizierenden Mordmerkmalen: jenem der abschließenden Erfassung in toto kohärenter und je für sich sachadäquater privilegierender Umstände.<sup>85</sup> § 213 StGB hingegen als Korrektiv zur Sicherung eines schuldangemessenen Strafens beizubehalten legte es nahe, sich mitnichten auf die Provokationsalternative zu beschränken,<sup>86</sup> mag die bestehende „Konturenlosigkeit“<sup>87</sup> der 2. Alt. auch zur Ausprägung weiterer Typisierungen drängen.

#### IV. Der aktuelle Referentenentwurf

Es bestand allseits gespannte Erwartung, wie das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz das Füllhorn des über 900 Seiten starken Abschlussberichts der Expertenkommission nutzen würde. Der seit kurzem vorliegende Referentenentwurf sieht durchaus einigen Änderungsbedarf des „bisher unbefriedigenden Rechtszustandes“, bezieht die missverständlich so bezeichnete „grundlegende Reform der Tötungsdelikte“<sup>88</sup> aber im Wesentlichen auf eine neue Nummerierung der Tatbestände mitsamt eines „Platztausches“ zwischen Totschlag (§ 211 StGB-E) und Mord (§ 212 StGB-E)<sup>89</sup> bzw. fahrlässiger Tötung (§ 215 StGB-E)<sup>90</sup> und Aussetzung (§ 216 StGB-E), ohne die Sinnhaftigkeit dieser kosmetischen „Neuordnung des 16. Abschnitts“<sup>91</sup> angesichts der damit einhergehenden „Kollateralschäden“ in normativer wie rechtstat-sächlicher Hinsicht selbstkritisch zu überdenken. Dies fällt umso mehr ins Auge, als sich der Entwurf in der Sache justament „im Interesse der Rechtssicherheit“ auf die „drängendsten praktischen Probleme“ beschränken und

sich „weitergehende Reformvorschläge“ erklärtermaßen nicht zu eigen machen will.<sup>92</sup> Mit anderen Worten soll also die Rechtssicherheit bei einem Zwang zum allseitigen Neuerlernen der äußerlichen Gesetzssystematik nicht gefährdet sein, wohl aber einer grundlegenden Verbesserung der Gesetzeslage im Sinne der sachgedanklichen Zusammenhänge entgegenstehen.

Dabei räumt das Ministerium durchaus ein, „dass die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag von jeher als schwierig und in gewissem Umfang als unbefriedigend empfunden wurde“. Wie schon in BVerfGE 45, 187 ff. festgestellt ist, habe „die Methode der Abgrenzung beider Tatbestände ... schon immer große Schwierigkeiten bereitet; bisher sei keine voll befriedigende Lösung gefunden worden“<sup>93</sup>. Obgleich das geltende Recht somit zugestanden kein rational erklärbares Grundkonzept aufweist, soll dieses beibehalten werden, um „Rechtsunsicherheiten, die mit gravierenden Rechtsänderungen einhergehen können, zu vermeiden“<sup>94</sup>. Gewiss würde eine „große Lösung“ dem Strafjustizapparat Mehraufwand beim Übergang zur rechtspraktischen Operationalisierung eines neuen Konzepts der Tötungsdelikte bereiten; dies hält die Rechtspolitik aber sonst – auch im „Kernbereich des Strafrechts“ (wie zuletzt etwa mit § 217 StGB) – keineswegs davon ab, das für „richtig“ Gehaltene ohne Rücksicht auf Folgeprobleme in Gesetzesform zu gießen. Vor diesem Hintergrund muss die Zurückhaltung des Referentenentwurfs überraschen und eher als Kapitulation vor der eigentlichen Sachaufgabe („grundlegende Reform der Tötungsdelikte“)<sup>95</sup> verstanden werden, die mit Hilfe des wenig plausiblen Verweises auf eine angeblich bedrohte „gesellschaftliche Akzeptanz“<sup>96</sup> nur notdürftig kaschiert wird.

Die Entwurfsverfasser beruhigen sich zudem mit der Annahme, dass eine „moderate Öffnung auf der Rechtsfolgenreise des Mordes“ die Problematik der richterrechtlichen „Umgehungsstrategien“ beseitigen könne. So schlägt der Entwurf – wie zuvor auch schon die Expertenkommission<sup>97</sup> – eine Kodifizierung der sog. „Rechtsfolgenlösung“ vor, d.h. einen besonderen Strafmilderungsgrund, der in Fällen einer Tötung „aus Verzweigung ... in einer ausweglos erscheinenden Konfliktlage“ die Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe (von fünf bis 15 Jahren) statt der lebenslangen Freiheitsstrafe zulässt (§ 212 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E). Auch dieser, ersichtlich auf Haustyrannen- und vergleichbare Szenarien bezogene Vorschlag – von den Entwurfsverfassern selbst als „Kernstück“ des

<sup>82</sup> S. Grünewald (Fn. 61), S. 58: Die neue Privilegierung des § 212 StGB n.F. (Provokation) „... fügt sich ein in das geltende Recht“.

<sup>83</sup> So aber Abschlussbericht (Fn. 6), S. 92 (Reformentwurf *Deckers/Grünewald/König/Safferling*); Grünewald (Fn. 61), S. 40 ff. Abschlussbericht (Fn. 6), S. 19, 22.

<sup>84</sup> S. z.B. den Erweiterungsvorschlag von Dölling, a.a.O., S. 94 f.: „Tötung aus Verzweigung, um sich ... aus einer ihm ausweglos erscheinenden und allgemein begreiflichen Konfliktlage zu befreien“.

<sup>85</sup> A.a.O., S. 90 (Reformentwurf *Deckers/Grünewald/König/Safferling*) und Grünewald (Fn. 61), S. 40 ff., 57 ff., bei Annahme einer ausschließlichen unrechtsmindernden Relevanz.

<sup>86</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, § 213 Rn. 7.

<sup>87</sup> Referentenentwurf, S. 10.

<sup>88</sup> Um damit im Sinne der bisher h.L. das Verhältnis von Mord und Totschlag im Sinne der Qualifikationsthese klarzustellen, s. Referentenentwurf, S. 16, 23.

<sup>89</sup> En passant soll dabei „im Hinblick auf den hohen verfassungsrechtlichen Rang des menschlichen Lebens“ (Referentenentwurf, S. 36) der Straffrahmen für „leichtfertige“ Begehung auf sechs Monate bis zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren erhöht werden.

<sup>90</sup> Referentenentwurf, S. 2.

<sup>91</sup> A.a.O., S. 2 f.

<sup>92</sup> A.a.O., S. 16 f.

<sup>93</sup> A.a.O., S. 17.

<sup>94</sup> Oben Fn. 88.

<sup>95</sup> Referentenentwurf, S. 17.

<sup>96</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 57 f.

Reformentwurfs bezeichnet<sup>98</sup> – muss erstaunen: Verstand sich der in BGHSt 30, 105 ff. beschrittene Weg doch stets nur als „Notlösung“ für „punktuelle Extremfälle“<sup>99</sup> auf dem Boden der vorherrschenden Deutung des „Heimtücke“-Merkmals und der vergeblichen Suche nach dessen angemessener tatbestandlicher Reduktion. Der Gesetzgeber ist hieran nicht gebunden und könnte durchaus sicherstellen, dass solche Fälle – auf dem Boden des fortbestehenden „Qualifikationsmodells“ – künftig lediglich als Totschlag geahndet werden. Wenn das Etikett „Mord“ jetzt aber offenbar auch weiterhin Anwendung finden und lediglich auf der Rechtsfolgenseite die lebenslange Freiheitsstrafe vermieden werden soll (was im Übrigen bei einem Strafmilderungsgrund wegen der hier erforderlichen „Gesamtwürdigung“ niemals für jeden Einzelfall garantiert wäre), so entspricht dies weder den Erwartungen an eine adäquate strafrechtliche Beurteilung noch den Anforderungen des Schuld- und des Gesetzlichkeitsprinzips. Danach bedarf es einer wertbezogenen „Stimmigkeit“ zwischen Rechtsfolge und Unrechtstypus, der seinerseits in seinen wesentlichen Grunddaten gesetzlich (d.h. tatbestandlich) bestimmt sein muss. Es ist daher inkonsistent, einerseits an der Zuschreibung des denkbar schwersten Unrechts („Mord“) festzuhalten und zugleich hiervon einen Teil aus der sonst geltenden höchsten Strafdrohung auszunehmen. Der Referentenentwurf verweigert sich dieser Aufgabe jedoch von vornherein, weil die von ihm vorgeschlagene Alternative zum bisherigen „Heimtücke“-Merkmal – das „Ausnutzen der Wehrlosigkeit“ des Opfers (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E)<sup>100</sup> – nicht etwa eine Reduktion, sondern gerade umgekehrt eine Ausweitung unter Einbeziehung zum Argwohn konstitutionell nicht befähigter Opfer (Kleinkinder, Bewusstlose etc.) zum Ziel hat.<sup>101</sup>

Auch hinsichtlich der Höchststrafe „lebenslang“ bleibt der Referentenentwurf konservativ. Hierzu rekurriert die Entwurfsbegründung aber bemerkenswerterweise auf den „hohen Wert des Rechtsgutes Leben“, dem gegenüber es nicht angemessen sei, von der (nominell, siehe § 57a StGB) lebenslangen Freiheitsstrafe jedenfalls als Regelsanktion abzurücken.<sup>102</sup> Auch die Expertenkommission hatte sich bereits weit mehrheitlich dazu bekannt, dass dieser exceptionellen Strafandrohung gleichsam als „Leitwahrung des Strafrechts“ eine wichtige integrative „Kommunikations-, Symbol- und Signalfunktion“ zukomme, womit der „absolute Geltungsanspruch des Tötungstabus“ bekräftigt und den „Vergeltungserwartungen der Allgemeinheit“ Rechnung getragen werde.<sup>103</sup> In der Tat würde mit einer konkreten Limitierung der Höchststrafe schon in der abstrakt-generellen Strafandrohung im Lichte des übergreifenden Proportionalitätsgebotes der missverständliche Eindruck erweckt, als könne die vorsätzliche

Tötung von Menschenleben generaliter – ohne Ansehung des konkreten Tatgeschehens – in eine limitierte Sanktion „umgerechnet“ werden. Damit würde aber die Exceptionalität der Tat verfehlt. Von hier aus erweist sich die beliebte Metapher von der Unhaltbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, weil diese nur einer „unbegrenzten Schuld“ angemessen wäre,<sup>104</sup> als Fehlintuition: Es handelt sich bei der lebenslangen Freiheitsstrafe selbstredend nicht um eine „unbegrenzte“, sondern um eine naturgesetzlich begrenzte Strafe; nur umfasst diese – noch einmal: lediglich nominell, längst nicht mehr de facto<sup>105</sup> – das Maximum des Möglichen, was allerdings dem Maximum an Unrecht durchaus äquivalent ist. Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip lässt sich darin also – noch dazu bei der in praxi regelhaften vorzeitigen Aussetzung zur Bewährung – nicht erkennen.<sup>106</sup> Wenn dies aber auch nach Ansicht der Entwurfsverfasser mit Rücksicht auf die überragende Wertigkeit menschlichen Lebens zutreffen sollte, so lässt sich auf dieser gedanklichen Grundlage keine weitere Unrechts- (oder Schuld-)steigerung mehr postulieren.<sup>107</sup>

## V. Ausblick

Nach dem Vorstehenden lässt sich abschließend – in Thesenform – skizzieren, welche Grunddeterminanten eine Reform der Tötungsdelikte, die diese Bezeichnung tatsächlich verdiente, zu beachten hätte:

1. Die dem dreistufigen Modell immanente Annahme einer – quantitativen oder qualitativen – Steigerungsmöglichkeit in Bezug auf das Unrecht der vorsätzlichen Tötung untergräbt den besonderen Wert- und Geltungsanspruch menschlichen Lebens. Diesem lässt sich nur dann gerecht werden, wenn die vorsätzliche Tötung als „Mord“ bezeichnet und – grundsätzlich – auch mit einer exceptionellen Strafe geahndet wird.
2. Die Androhung einer „absoluten“ Strafe (lebenslange Freiheitsstrafe) ist der Höchstwertigkeit des betroffenen Rechtsguts nicht unangemessen und sollte aus generalpräventiven Gründen beibehalten werden. Eine Aufweichung dieser Strenge um des Resozialisierungsgebotes willen muss nicht in § 211 StGB erfolgen, sondern ist mit § 57a StGB bereits Gegenstand des geltenden Rechts.<sup>108</sup>
3. Auch das zweistufige Privilegierungsmodell, das sich auf die (abschließende) Benennung privilegierender Merkmale beschränkt, postuliert selbstwidersprüchlich eine Gradualisierbarkeit von Tötungsunrecht. Zudem kann es ebenso wenig der Willkürproblematik hinsichtlich der Auswahl unrechtsmindernder Aspekte entgehen.

<sup>98</sup> Vgl. Referentenentwurf, S. 18.

<sup>99</sup> Eser, in: FS Kargl, 2015, S. 91 (95).

<sup>100</sup> In diesem Sinne zuvor bereits Mitsch, JR 2015, 122 (123).

<sup>101</sup> Ebd. sowie S. 26 f.

<sup>102</sup> Referentenentwurf, S. 17.

<sup>103</sup> Abschlussbericht (Fn. 6), S. 53 f.

<sup>104</sup> In diesem Sinne v.a. Merkel, a.a.O., S. 119.

<sup>105</sup> Der Referentenentwurf lässt § 57a StGB gänzlich unverändert; auch der Abschlussbericht hat sich – knapp mehrheitlich – für eine grundsätzliche Beibehaltung ausgesprochen (Fn. 6, S. 64).

<sup>106</sup> So aber Ignor, in: Abschlussbericht (Fn. 6), S. 101 f.; Kaspar/Höf-ler, GA 2015, 453 ff.; T. Walter, NSZ 2014, 368 (374 ff.).

<sup>107</sup> Zutreffend Grünwald (Fn. 61), S. 59.

<sup>108</sup> Wie hier bereits Kubiciel, in: FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267 (274): § 57a StGB als sanktionsrechtliche „Relativierung der absoluten Strafandrohung“.

4. Schuld mindernde Aspekte der konkreten Tat lassen sich adäquat nur in der Form eines besonderen Strafmilderungsgrundes erfassen. Hierfür bietet der geltende § 213 StGB – im Sinne eines „kombinierten Konflikt- und Affektmodells“<sup>109</sup> – bereits einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt. Weitere schuld mindernde Konstellationen sollten nicht von vornherein ausgeschlossen werden; deren Typisierung wäre wünschenswert,<sup>110</sup> ist aber durch das Gesetzlichkeitsprinzip nicht zwingend geboten. Ansonsten müssten sämtliche im StGB enthaltenen Regelungen mit unbenannten minderschweren Fällen gleichermaßen für verfassungswidrig erklärt werden.

5. Daraus ergibt sich folgender Alternativvorschlag:  
§ 211 StGB (*Mord*):

- (1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Ein solcher liegt in der Regel vor, wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einer ihm nahestehenden Person zugefügte schwere Beleidigung, Misshandlung oder sonstige Rechtsverletzung zum Zorn gereizt und dadurch unmittelbar zur Tat veranlasst worden ist.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Gegen jedwede Berücksichtigung von Affekten im Sinne eines reinen Konfliktmodells aber *Grünwald* (Fn. 61), S. 55 f.

<sup>110</sup> S. bereits o. bei Fn. 86 f.

<sup>111</sup> § 211 Abs. 2 S. 2 StGB-Alternativvorschlag greift den bisherigen § 213 StGB in der modifizierten Fassung des Referentenentwurfs auf.