

*Prof. Dr. Sönke Gerhold, Bremen*

## Nein zum Referentenentwurf Mord und Totschlag\*

### *Abstract*

Als die schleswig-holsteinische Justizministerin Anke Spoorendonk 2013 eine Bundesratsinitiative zur Reform der Tötungsdelikte initiierte, bestand im Hinblick auf den AE-Leben und einige andere ausdifferenzierte und fundierte Entwürfe die Hoffnung, dass eine entsprechende Gesetzesänderung tatsächlich zu einer Verbesserung des Ist-Zustandes führen würde. Diesem Anspruch wird der Referentenentwurf in seiner kürzlich bekanntgewordenen Fassung nicht gerecht.

*Schlüsselwörter:* Mord, Totschlag, Reform, AE-Leben, Referentenentwurf

### *No to the Draft Bill of Murder and Manslaughter*

### *Abstract*

*When Schleswig-Holsteins Minister of Justice, Anke Spoorendonk, launched an initiative of the Bundesrat for a reform of the homicide law 2013, there was, with regard to the AE-Leben and a few other differentiated and well-grounded drafts, a nascent hope that a change of the law would lead to an improvement of the current state. This claim has not been met by the recently published draft.*

*Keywords:* Murder, Manslaughter, Reform, AE-Leben, Draft Bill

Im Jahr 2013 und damit mehr als 70 Jahre nach Inkrafttreten der heute im Wesentlichen unverändert fortgeltenden Tatbestände Mord und Totschlag schien die von der Jubilarin *Monika Frommel*, der dieses Geburtstagsheft der Neuen Kriminalpolitik gewidmet ist, wiederholt geäußerte Kritik an der engen Verflechtung der geltenden Tötungstatbestände mit der Tätertypenlehre endlich Gehör zu finden.<sup>1</sup> Richtigerweise wurde daher in der BR-Drs. 54/14 formuliert: „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 [...] Bereinigung der §§ 211, 212 StGB sich nicht in einer Streichung bzw. Ersetzung der Begriffe ,Mörder‘ und ,Totschläger‘

\* Siehe zu diesem Thema auch *Kreuzer* in diesem Heft, 308-322.

<sup>1</sup> Vgl. nur *Frommel* JZ 1980, 559, 563 f.; *dies.* 1984, 86, 88; *dies.* 1988, 69 ff.

erschöpfen.“<sup>2</sup> Die Wortlautbereinigung sollte lediglich einen ersten Schritt darstellen, die als notwendig erkannte Gesamtreform sollte folgen.<sup>3</sup>

Der nun „geleakte“ Referentenentwurf, der verschiedenen Zeitungen zugespielt worden war,<sup>4</sup> führt jedoch gerade nicht zu einer Bereinigung der Tötungsdelikte von NS-Gedankengut, sondern schreibt vielmehr die Fortwirkungen der Tätertypenlehre fest. Der Text des Entwurfes lautet nach Informationen von *Fischer*:<sup>5</sup>

„§ 211 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) <sup>1</sup>Liegen besondere Umstände vor, welche das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters erheblich mindern, ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. <sup>2</sup>Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter

1. aus Verzweiflung handelt, um sich oder einen ihm nahestehenden Menschen aus einer ausweglos erscheinenden Konfliktslage zu befreien, oder
2. ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem ihm nahestehenden Menschen zugefügte schwere Beleidigung, Misshandlung oder sonstige Rechtsverletzung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbar heftige Gemütsbewegung versetzt und dadurch unmittelbar zur Tat veranlasst worden ist.

§ 212 Mord

(1) <sup>1</sup>Wer einen anderen Menschen tötet und dabei

1. dessen Wehrlosigkeit ausnutzt,
  2. grausam handelt oder
  3. wenigstens einen weiteren Menschen in die Gefahr des Todes bringt,
- wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. <sup>2</sup>Ebenso wird bestraft, wer einen anderen Menschen aus besonders verwerflichen Beweggründen tötet, insbesondere

1. aus Mordlust,
2. zur Befriedigung des Geschlechtstriebes,
3. aus Habgier,
4. um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken oder
5. aus menschenverachtenden Beweggründen (§ 46 Absatz 2 Satz 2).

(2) <sup>1</sup>Liegen besondere Umstände vor, welche das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters erheblich mindern, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren zu erkennen.

<sup>2</sup>Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter

1. aus Verzweiflung handelt, um sich oder einen ihm nahestehenden Menschen aus einer ausweglos erscheinenden Konfliktslage zu befreien, oder

2 BR-Drs. 54/14, 3.

3 BR-Drs. 54/14, 3.

4 Zumindest dem Spiegel, vgl. <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-143811207.html>, Stand: 15.06.2016, und der Zeit, vgl. Printausgabe vom 19.05.2016, 12.

5 Der Entwurfstext wurde von *Fischer* am 19.05.2016 auf S. 12 der Printausgabe der Zeit veröffentlicht.

2. ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem ihm nahestehenden Menschen zugefügte schwere Beleidigung, Misshandlung oder sonstige Rechtsverletzung zum Zorn gereizt oder in eine vergleichbar heftige Gemütsbewegung versetzt und dadurch unmittelbar zur Tat veranlasst worden ist.“

I. Die Auswirkungen der Tätertypenlehre auf die gegenwärtige Gesetzesfassung und deren Konsequenzen für mögliche Reformen

Das Ziel, den Mordtatbestand als „Tötungsverbrechen eigener Art“<sup>6</sup> und damit als gegenüber dem Totschlag eigenständigen Tatbestand auszugestalten, ist die Konsequenz nationalsozialistischen Typendenkens.<sup>7</sup> Die Frage, ob ein Mörder oder ein Totschläger zu verurteilen war, sollte anhand einer Prüfung und Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Täters beantwortet werden.<sup>8</sup> Da Mörder und Totschläger grundlegend verschiedene Täterpersönlichkeiten darstellen sollten, schlossen sich die Etiketten Mörder und Totschläger aus. Sie standen in einem echten Exklusivitätsverhältnis, was insbesondere auch das Erfordernis eines minder schweren Falls des Mordes – genauer: für Mörder – erklärt, dessen Strafraumen dem Strafraumen des Totschlags entsprach. Ausschlaggebend für die Beurteilung der jeweiligen „Verbrecherpersönlichkeit“ sollte nicht die konkrete Tat, sondern neben der Stellung des Täters in der Volksgemeinschaft vorrangig seine treuepflichtwidrige Einstellung und Gesinnung sein.<sup>9</sup>

Sofern die Tätertypenlehre abgelehnt oder kritisch gesehen wurde, bestand demgegenüber weitgehend Einigkeit, dass sich die heute noch gegenwärtigen Mordmerkmale nur als Strafzumessungsgesichtspunkte begreifen ließen, was noch immer Zustimmung verdient.<sup>10</sup> Folge dieser Deutung ist, dass nur eine höchststrafwürdige Tötung als Mord bestraft werden kann, das vordergründige Vorliegen eines Mordmerkmals ohne höchste Schuld kann demgegenüber nur einen Totschlag darstellen (Lehre von der negativen Typenkorrektur).<sup>11</sup> Im Rahmen eines konsequenten Strafzumessungskonzeptes kann es daher keinen minder schweren Fall des Mordes geben. Es muss sich stets um einen Totschlag handeln.

Von einer Reform der Tötungsdelikte kann vor diesem Hintergrund Verschiedenes erwartet werden. Zunächst müssen die Fortwirkungen der Tätertypenlehre auch in-

6 So die Formulierung bei *Freisler* DJ 1941, 929, 934.

7 Vertiefend zu den Zusammenhängen *Frommel* JZ 1980, 559, 560 ff.; *Gerhold* 2014, 84 ff.

8 Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1936, 246, abgedruckt in *Regge/Schubert* 1990, 246; *Freisler* DJ 1941, 929, 934 f.; *Schmidt-Leichner* DR 1941, 2145, 2147.

9 Vgl. Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 2. Teil von 1936, Nr. 6, abgedruckt in *Regge/Schubert* 1988, 908; *Gleispach* 1936, 371. Vgl. dazu aus heutiger Sicht *Frommel* JZ 1980, 559, 560; *dies.* 1988, 69; *Gerhold* 2014, 55 ff. und 81 ff.

10 Besonders nachdrücklich *Lange* JR 1949, 165, 166; *Schröder* SJZ 1950, 560, 562; vertiefend und m. w. N. *Gerhold* 2014, 52 ff., 103 ff., 290 ff. und 365 ff.

11 In diesem Sinne die lange herrschende Ansicht, vgl. *Schönke* NJW 1950, 238, *Dreher* MDR 1956, 499, 500, sowie die weiteren Nachweise bei *Gerhold* 2014, 398 Fn. 1661.

haltlich beseitigt werden. Das bedeutet, dass entweder Unrechtsmerkmale<sup>12</sup> gefunden und benannt werden müssen, die geeignet sind, zumindest regelmäßig die Höchststrafe zu rechtfertigen und den Strafrahmensprung gegenüber dem Totschlag zu begründen, oder es muss ein konsequentes Bekenntnis zum Mord als besonders schweren Fall des Totschlags geleistet werden. Jede Zwischenlösung ist inkonsequent und verfehlt das Ziel.

Dass sich nun aber in Anbetracht der Vernichtung eines Menschenlebens keine weiteren Unrechtsmerkmale ausmachen lassen, die für sich genommen die lebenslange Freiheitsstrafe erzwingen oder zumindest rechtfertigen, gehört nach umfassenden diesbezüglichen Untersuchungen von *Grünwald*<sup>13</sup> oder *Eser*<sup>14</sup> fast schon zum gesicherten Kenntnisbestand der Strafrechtswissenschaft.<sup>15</sup> Es bleiben also nur Strafzumessungslösungen, wie u. a. von *Thomas*<sup>16</sup> oder unter Verzicht auf jede Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabs von *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*<sup>17</sup> vorgeschlagen, Privilegierungslösungen, wie sie u. a. *Grünwald*<sup>18</sup> oder *Müssig*<sup>19</sup> fordern, sowie Kombinationen aus den vorstehenden Ansätzen, wie z. B. von *Eser*<sup>20</sup> oder im AE-Leben<sup>21</sup> vertreten. Es verwundert daher nicht, dass sich auch die mehrheitlich unterstützten, ausgearbeiteten Entwürfe der *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* in die entsprechenden Konzepte einfügen.<sup>22</sup> Einigkeit darüber, welches Modell vorzuzugswürdig wäre und wie

12 Also solche Merkmale, die Art und Umfang der Rechtsgutsverletzung beschreiben.

13 *Grünwald* 2010, 161 f. und 369; *dies.* JA 2012, 401, 402 f.; *dies.* 2016, 5 ff.

14 *Eser* 1980, 96 ff.

15 Vertiefend und m. w. N. *Gerhold* 2014, 269 f.

16 *Thomas* 1985, 333 ff. Für ein Strafzumessungskonzept auch *Kreuzer* in diesem Heft.

17 *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NSTZ 2014, 9, 16.

18 Vgl. zuletzt *Grünwald* 2016, 57.

19 *Müssig* 2005, 249 ff.

20 *Eser* 1980, 200.

21 Vgl. *Arbeitskreis AE-Leben* GA 2008, 193, 200 f., der ein zweistufiges Modell mit drei Strafrahmen präferiert.

22 Insgesamt haben sich acht Mitglieder klar positioniert. Für ein Privilegierungskonzept sprachen sich dabei *Deckers*, *Grünwald*, *König* und *Safferling* aus (vgl. *Expertengruppe* 2015, 90 ff.), für eine Kombinationslösung *Rissing-van Saan* (109 f.). Von den genannten Konzepten abweichende Vorschläge unterbreiteten *Dölling* (94 f.) und *Schneider* (111 ff.) mit einer starken Orientierung am geltenden Recht sowie *Ignor* mit einem Qualifikationsmodell und Regelbeispielen für die lebenslange Freiheitsstrafe (96 ff.). Die Abstimmung zu den aufeinander aufbauenden Einzelfragen hat jedoch gezeigt, dass die überlegenen Konzeptionen keine Kompromisslösungen darstellen, sondern einen Bruch mit dem geltenden Recht erfordern (deutlich zum Ausdruck gebracht auf S. 17 f.), zu dem nicht einmal die Mitglieder der Beratungskommission mehrheitlich bereit waren (vgl. 14 ff.). Das Ergebnis dieser Abstimmung ist daher ähnlich verworren und unbefriedigend wie der Referentenentwurf. Dass eine Abstimmung über Einzelfragen kein durchdachtes Gesamtkonzept zulässt, liegt jedoch auch auf der Hand. Wer beispielsweise bei der Frage überstimmt wird, ob der Mord lediglich nach der Strafzumessungslösung vom Totschlag abgegrenzt werden soll, muss sich in der Folgeabstimmung für einen minder schweren Fall des Mordes aussprechen, weil dies die einzig verbleibende Möglichkeit ist, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus aufzulösen. Dennoch hat diese Person einen minder schweren Fall des Mordes nie gewollt. Entsprechendes gilt für die Vertreter der Privilegierungslösung, sodass sich plötzlich eine Mehrheit von Personen findet, die für einen Vorschlag stimmt, den sie eigentlich ablehnt. Im Ergebnis ist dann

das jeweilige Modell im Einzelnen auszugestalten sei, konnte freilich nicht erzielt werden.

## II. Die Bewertung des Referentenentwurfs

Der Referentenentwurf löst die grundlegende Problematik nicht, da er sich weder für die Strafzumessungslösung noch für das Privilegierungsmodell oder eine Kombination dieser beiden entscheidet, sondern bemüht ist, das geltende Recht weitestmöglich aufrechtzuerhalten. Dabei verengt er jedoch bestehende Auslegungsspielräume, schreibt eine der Konsequenzen der Tätertypenlehre fest und wirft viele neue Fragen auf. Ob sich die Entwurfsverfasser dieser Schwächen zumindest bewusst waren, lässt sich nicht sagen, da die verschiedentlich zitierte vierzigseitige Begründung zum Referentenentwurf nach wie vor nicht öffentlich zugänglich gemacht wird.

Nun aber zur Kritik im Einzelnen: Geht es nach den Entwurfsverfassern, soll es künftig zwei Tötungstatbestände geben, wobei weiterhin an einem besonders schweren und einem minder schweren Fall des Totschlags festgehalten und zudem der minder schwere Fall des Mordes ergänzt wird. Dieses Vorgehen ist insbesondere im Hinblick auf § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E nicht einsichtig.

### 1. Die Kritik an den subjektiven Mordmerkmalen des § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E

In § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E findet sich nach wie vor eine Motivgeneralklausel, die den heutigen niedrigen Beweggründen entspricht. Der Begriff der niedrigen Beweggründe wurde lediglich durch den Begriff der besonders verwerflichen Beweggründe ersetzt. Inhaltlich ändert sich dadurch freilich nichts, da die niedrigen Beweggründe seit jeher in diesem Sinne interpretiert worden sind.<sup>23</sup> Ob es sich um einen besonders verwerflichen Beweggrund handelt, muss stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden,<sup>24</sup> die einer Strafzumessungsentscheidung i. S. d. § 46 Abs. 2 StGB zumindest stark ähnelt.<sup>25</sup> Dies scheint auch der Referentenentwurf anzuerkennen, wenn sich am Ende des § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E der Klammerzusatz „(§ 46 Absatz 2 Satz 2)“ findet. Der Entwurf übernimmt also zumindest partiell Gedanken der Strafzumessungslösung. Mit diesen sind dann jedoch der minder schwere Fall des Mordes und allen voran die aufgezählten Beispiele, in denen ein minder schwerer Fall anzunehmen sein soll, nicht vereinbar. Es ist nicht vorstellbar, dass der Täter „aus Verzweiflung handelt, um sich oder einen ihm nahestehenden Menschen aus einer ausweglos erscheinenden Konfliktlage zu befreien“, und zugleich aus besonders verwerflichen Beweggründen. Das Vorliegen der Voraussetzungen des minder schweren Falls schließt also zumindest im

jedoch keine Reform besser als eine solche, die die Auslegung erschwert und den Blick auf das Wesentliche verstellt (so schon Gerhold 2014, 620).

23 St. Rspr. seit BGHSt 3, 132, 133 und h. L., vgl. die Nachweise bei Gerhold 2014, 245 f.

24 Vgl. nur BGHSt 35, 116, 127; 47, 128, 130; BGH JZ 2006, 629, 630.

25 Vertiefend Grünewald 2010, 101 f.; Gerhold 2014, 246.

Hinblick auf die subjektiven Mordmerkmale bereits den Tatbestand aus. Es liegt nur ein Totschlag vor. Diese Selbstverständlichkeit wird durch die Aufnahme des minder schweren Falls in den Mordtatbestand verdeckt, was die Gerichte zu einer Bejahung des Mordparagraphen verleiten könnte. Die im Rahmen des § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E geforderte Verwerflichkeit kann jedoch nicht gleichzeitig vorliegen und nicht vorliegen. Sofern einem neugefassten Mordparagraphen also weiterhin ein Verwerflichkeitskonzept zugrunde liegt, lässt sich der minder schwere Fall nicht rechtfertigen. Der Tatbestand des Mordes muss abgelehnt werden und es ist schlicht Totschlag anzunehmen. In der Fassung von 1941 speiste der minder schwere Fall seine Rechtfertigung demgegenüber aus der Tätertypenlehre, die es gerade zu überwinden gilt.

## 2. Die Kritik an den objektiven Mordmerkmalen des § 212 Abs. 1 S. 1 StGB-E

Fraglich ist daher, ob zumindest die Regelung in § 212 Abs. 1 S. 1 StGB-E überzeugend ist. Hier scheint der Versuch unternommen worden zu sein, unrechtssteigernde Aspekte zu benennen, die die lebenslange Freiheitsstrafe rechtfertigen. Zumindest, wenn die h. M. an ihrer Auslegung des Merkmals der Grausamkeit festhält (so die Prognose von *Fischer*, vgl. seinen Beitrag in der Zeit), steht jedoch auch bei diesem Merkmal die gefühllose und unbarmherzige Gesinnung im Vordergrund, sodass die Ausführungen zu den subjektiven Mordmerkmalen des Entwurfs entsprechend gelten.<sup>26</sup> Der Täter handelt nicht grausam, wenn er einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung nachgibt etc.<sup>27</sup> Es findet lediglich § 211 StGB-E Anwendung. Die Existenz des minder schweren Falls des Mordes könnte insofern wie bei den Mordmerkmalen des § 212 Abs. 1 S. 2 StGB-E nur damit begründet werden, dass der Gesetzgeber den Mord als etwas qualitativ anderes ansieht als den Totschlag. Das ist er aber nicht.

Um § 212 Abs. 1 S. 1 StGB-E eine faire Chance einzuräumen, muss daher davon ausgegangen werden, dass mit dem Begriff der Grausamkeit lediglich die Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Schmerzen und Leiden gemeint sein soll.<sup>28</sup> Dieser Bedeutungsinhalt wird den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt.

Zunächst ist daher festzuhalten, dass die Merkmale des Ausnutzens der Wehrlosigkeit, der Grausamkeit und der Gefährdung einer weiteren Person mit dem gegenwärtigen Verwerflichkeits- bzw. je nach Auffassung Gefährlichkeitskonzept brechen. Ein gemeinsames Leitmotiv für alle Mordmerkmale, objektive wie subjektive, lässt sich daher anders als im Rahmen der gegenwärtigen Gesetzesfassung nicht mehr finden.<sup>29</sup> Entscheidend für die Bewertung als Mord wäre in § 212 Abs. 1 S. 1 StGB-E nicht mehr die Einstellung des Täters zum Rechtswert „Leben“, und der Tatbestand des Mordes würde erheblich ausgeweitet.

<sup>26</sup> Vertiefend *Gerhold* 2014, 254 ff.

<sup>27</sup> So schon RGSt 76, 297, 299; 77, 41, 45; OGHSt 1, 369, 372; 2, 173, 177; BGHSt 3, 330, 333, und viele weitere.

<sup>28</sup> Vgl. *Grünwald* 2016, 7 m. w. N.

<sup>29</sup> Umfassend zum Leitmotiv der gegenwärtigen Gesetzesfassung *Gerhold* 2014, 533 ff.

Schlägt A den sich wehrenden B mit bloßen Händen tot oder ertränkt er ihn, wird diese Art der Tötung erhebliche Schmerzen bzw. erhebliche Leiden auf Seiten des B verursachen. Eine Korrektur über den subjektiven Tatbestand, wie sie heute vertreten wird, wenn dem Täter beispielsweise keine alternative Ausführungsmöglichkeit zur Verfügung stand und er sich in einem hochgradigen Erregungszustand befand, wäre nicht mehr möglich. Entscheidet sich A demgegenüber für eine weniger schmerzhaft oder sogar schmerzlose Art der Tötung, indem er B z. B. mit Natrium-Pentobarbital vergiftet oder ihm in den Kopf schießt, wird er wohl oft die (relative)<sup>30</sup> Wehrlosigkeit des Tatopfers zur Tatbegehung ausnutzen. Ein Opfer, dem Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen und das von diesen Gebrauch macht, kann in vielen Fällen kaum schmerzlos getötet werden, die schmerzlose oder schnelle Todesverursachung trifft demgegenüber häufig mit dem Ausnutzen der Wehrlosigkeit zusammen. Der Mord und die mit ihm im Regelfall verbundene lebenslange Freiheitsstrafe würden daher im Vergleich zum geltenden Recht auf eine Vielzahl von Tötungsdelikten erstreckt. Nur wenige Fälle verblieben für den Totschlagstatbestand, sodass es konsequent wäre, auf ein Privilegierungskonzept zurückzugreifen, was aber nicht geschieht.

Die Frage, die sich bei einem derart extensiven Mordtatbestand stellt, ist jedoch, was lässt die Tötung eines Wehrlosen, die Tötung unter Billigung erheblicher Schmerzen oder die gleichzeitige Gefährdung einer weiteren Person per se höchststrafwürdig erscheinen? Die Antwort ist: nichts! Schon die Abstimmungen innerhalb der *Expertengruppe* belegen, dass von fünfzehn Mitgliedern nur vier davon ausgingen, dass man den Mord überhaupt durch eine Beschreibung kumulierten Unrechts fassen könne.<sup>31</sup> Wichtig sind die Argumente, die gegen einen auf diesem Gedanken aufbauenden Mordtatbestand vorgebracht wurden und werden.<sup>32</sup>

#### a. Das Relativierungsargument

Da hier nicht alle bekannten Argumente wiederholt werden können, soll nur an die wichtigsten erinnert werden. Zum einen führt der Leitgedanke der Unrechtskumulati-on zu einer Herabwürdigung des Rechtswertes „Leben“. Das Leben, das durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einem besonderen Schutz unterstellt wird, hat in unserer Rechtsord-nung einen überragend hohen Stellenwert. Aus diesem Grund ist schon der Totschlag mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Ein Umstand, der geeignet ist, einen Strafrahmensprung von nicht unter fünf Jahren Freiheitsstrafe für die Auslöschung eines Menschenlebens zur lebenslangen Freiheitsstrafe zu rechtfertigen, muss daher im Verhältnis zum Wert des Lebens erhebliches Gewicht haben. Ein solch erhebliches Gewicht ist bei den Merkmalen der Wehrlosigkeit und Grausamkeit aller-dings nicht zu erkennen. Es muss daher umgekehrt geschlossen werden, dass der

30 Vgl. *Fischer* in der Printausgabe der Zeit vom 19.05.2016 auf S. 12.

31 *Expertengruppe* 2015, 30.

32 Vgl. nur *Arbeitskreis AE-Leben* GA 2008, 193, 196; *Eser* 1980, 96 ff.; *Grünwald* 2010, 161 f. und 369; *dies.* JA 2012, 401, 402 f.; *dies.* 2016, 7 ff.

Schwerpunkt des Mordvorwurfs gar nicht auf der Auslöschung eines Menschenlebens liegt, sondern bezogen auf die Wehrlosigkeit entweder auf der sozialethischen Bewertung, dass bestimmte Leben mehr Schutz verdienen als andere (sehr unbefriedigend, vgl. *Fischer* in der Zeit), oder sofern eine wirkliche Unrechtssteigerung gewollt ist, dass die Erfolgsaussichten der Tat für sich genommen das Unrecht erheblich steigern. Entsprechend müsste für die grausame Tötung angenommen werden, dass die hinzutretende Körperverletzung den eigentlichen Vorwurf ausmacht. Die Bedeutung der Tötung selbst träte dann in den Hintergrund. *Arzt* formuliert diesbezüglich: „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 und der darin liegenden Schuld- oder Unrechtssteigerung, wenn ihr Hinzutreten zur Anhebung der Strafe [...] von 5 Jahren auf lebenslänglich führt.“<sup>33</sup>

Allein in der konkreten Gefährdung eines weiteren anderen Menschen kann demgegenüber eine erhebliche Unrechtssteigerung gesehen werden. Aber auch dieses Erfordernis führt letztlich zu einer Relativierung der Bewertung des ausgelöschten Lebens.<sup>34</sup> Das Leben der getöteten Person wäre dem Gesetzgeber nicht ausreichend Wert, um einen Mord begründen zu können. Hierfür bedarf es erst der Gefährdung eines weiteren Menschen. *Grünewald*<sup>35</sup> fasst diese Erwägungen zutreffend zusammen: „Im Ergebnis führt eine solche Lösung deshalb zu einer Abwertung des Guts ‚Leben‘. [...] [Es] 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.“ Dies führt uns so gleich zum zweiten Argument.

## b. Das Konkurrenzargument

Auch das Konkurrenzargument wurde schon oft bemüht. Warum sollte es einen erheblichen Unterschied machen, ob A den B erst ohne Tötungsvorsatz quält und anschließend nicht qualvoll tötet bzw. ob A den B erst im Anschluss an die Tötungshandlung erheblich quält (beides nach h. M. nicht grausam)<sup>36</sup> oder ob die erheblichen Qualen Bestandteil des Tötungsgeschehens sind (nach h. M. grausam)? Entsprechend lässt sich die Frage stellen, warum die Gesamtstrafe des vielfachen Totschlags gemäß § 54 Abs. 2 S. 2 StGB maximal fünfzehn Jahre beträgt, aber bereits die Gefährdung eines weiteren Menschen die lebenslange Freiheitsstrafe auslöst. In beiden Fällen entscheidet allein das Vorliegen von Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit über

33 *Arzt* ZStW 86 (1971), 1, 12 f.; zuletzt *Grünewald* 2016, 13.

34 Zuletzt *Grünewald* 2016, 10 f.

35 *Grünewald* 2016, 11. Hervorhebung nur hier.

36 Vgl. die weiteren Nachweise bei *Grünewald* 2016, 8.

Mord oder Totschlag.<sup>37</sup> Den Beleg dafür, dass das Vorliegen von Handlungseinheit zu einer erheblichen Unrechtssteigerung gegenüber dem Vorliegen von Handlungsmehrheit führt, wenn dieselben Rechtsgüter im gleichen Umfang verletzt werden, bleibt der Entwurf schuldig. Ein entsprechender Beleg wird wohl auch nicht beigebracht werden können, da, wenn überhaupt ein Unterschied gemacht wird, Unrecht und Schuld bei Tateinheit als gegenüber der Tatmehrheit verringert gelten.<sup>38</sup> Im Übrigen wird von einem einheitlichen Unrechts- und Schuldgehalt ausgegangen. Soweit ersichtlich wird aber nirgends vertreten, dass Handlungseinheit Unrecht und Schuld erhöht. Vor diesem Hintergrund ist es nicht einsichtig, dass die Tötung vieler durch jeweils selbständige Handlungen mehrfacher Totschlag ist, die Tötung einer Person aber Mord, wenn nur eine weitere Person gefährdet wurde. Dies gilt umso mehr, wenn es rechtlich beachtliche Gründe für die Tötung des einen bei gleichzeitiger Gefährdung des Dritten gab, etwa eine notstandsähnliche Situation, aber keine rechtlich beachtlichen Gründe für die wiederholten Tötungen. Dieser Aspekt führt zum dritten Argument, dem Schuldargument.

### c. Das Schuldargument

Neben den vorstehenden Argumenten wird des Weiteren darauf verwiesen, dass das zusätzliche Unrecht keine Aussage über das Vorliegen höchster Schuld zu treffen vermag, wie sie das BVerfG in BVerfGE 45, 187, 259 ff., zur Rechtfertigung der lebenslangen Freiheitsstrafe fordert.<sup>39</sup> Einzelnen aufgezählte Unrechtsmerkmale schließen nie aus, dass zugleich erhebliche das Unrecht oder die Schuld mindernde Umstände vorliegen.<sup>40</sup> Anders verhält es sich bei den Mordmerkmalen der gegenwärtigen Fassung, die entweder eine umfassende Abwägung der Strafzumessungsgesichtspunkte erfordern oder – so der Hinweis der BVerfG<sup>41</sup> – jedenfalls zulassen. Eine Einschränkung über die besondere Verwerflichkeit wäre mit der Neufassung nicht vereinbar.

Aus diesem Grund bedarf es nun zwingend des minder schweren Falles, der immer dann eingreifen muss, wenn sich die Höchststrafwürdigkeit nicht aus anderen Gesichtspunkten, insbesondere den subjektiven Mordmerkmalen, herleiten lässt. Ein nach heutigem Recht typischer Totschlag würde daher zu einem Mord im minder schweren Fall (Mitnahmesuizid betreffend das eigene Kind, Mitleidstötung eines Komapatienten etc.) führen. Der Strafrahmen wäre gegenüber dem minder schweren Fall des Tot-

37 Zuletzt *Grünwald* 2016, 8 ff.

38 Vgl. nur Joecks/Miebach – v. *Heintschel-Heinegg* 2012, § 52 Rn. 6 m. w. N. Anderes kann auch nicht aus dem Raubtatbestand geschlossen werden, da hier das finale Element ausschlaggebend ist, das sich in den neuen Mordtatbestand nicht hineinlesen lässt, und auch nicht aus den Erfolgsqualifikationen, bei denen das Vorliegen des spezifischen Gefahrendzusammenhangs strafehöhend wirkt. Es handelt sich in den vorstehenden Fällen folglich nicht um schlichte Tateinheit. In § 212 Abs. 1 StGB-E heißt es jedoch nur „dabei“.

39 Zuletzt *Grünwald* 2016, 12.

40 „Absolute Merkmale“, so die Formulierung bei *Grünwald* 2016, 12, existieren nicht.

41 Vgl. BVerfGE 45, 187, 267; vertiefend *Gerhold* 2014, 240 ff.

schlags, der heute regelmäßig auf Mitleidstötungen oder Mitnahmesuizide angewendet wird, bedenklich erhöht. Eine Strafaussetzung zur Bewährung käme nicht mehr in Betracht. Der Totschlag nach neuem Recht wäre vorrangig auf atypische Sonderkonstellationen anzuwenden, etwa wenn sich der wehrfähige Täter von einem nachhaltigen Sterbewunsch bestimmt nicht gegen die Verabreichung des Giftes wehrt.

Mit diesem Befund verliert der Mordtatbestand aber seine Rechtfertigung. Mord wäre nicht mehr die höchststrafwürdige Tötung, ja nicht einmal mehr regelmäßig schlimmer als ein Totschlag. Mord und Totschlag in einem besonders schweren Fall und Totschlag und Mord in einem minder schweren Fall hätten jeweils denselben Strafraumen. Das Label „Mord“ würde nichts mehr über die Schwere der Tat aussagen. An die Schwere anknüpfende Regelungen wie die Verjährung verlören ihre Rechtfertigung (Totschlag in einem besonders schweren Fall wäre verjährt, ein Mord in einem minder schweren Fall nicht). Das Verhältnis von einfachem Totschlag zu Mord im minder schweren Fall und Totschlag im besonders schweren Fall wäre kaum noch beschreibbar. Jedenfalls wäre die Bezeichnung „Mord“ ohne jede Not nicht mehr den höchststrafwürdigen Tötungen vorbehalten. Damit wird ein Hauptargument der Kritiker des Privilegierungsmodells, nämlich nicht mit dem „historisch gewachsenen Verständnis der Bevölkerung“ brechen zu müssen,<sup>42</sup> nicht erfüllt. Konsequenter müsste der Entwurf dann aber gleich das Privilegierungskonzept befürworten und zugeben, dass es sich nicht um Mord handelt, wenn die Anforderungen an die lebenslange Freiheitsstrafe nicht erfüllt sind. Anderenfalls impliziert die (wieder-)gewählte Tatbestandsstruktur, die auch in der BR-Drs. kritisiert worden war, einen über den Grad der Schuld des Täters hinausgehenden Unterschied zwischen Mord und Totschlag, der sich aber jenseits von Typenerwägungen nicht begründen lässt.

### III. Fazit

Fischer kommentiert den Referentenentwurf mit den Worten: „Ein ‚großer Wurf‘ wird es nicht werden aus Sicht derer, die ein grundlegendes neues Durchdenken der StGB-Systematik erhofft haben.“ Das ist zutreffend, jedoch erschöpft sich die Kritik nicht in dieser Feststellung. Vielmehr verschlechtert sich der bisherige Zustand noch, da die Neufassung in vielen Fällen zu einer drastischen und unbegründeten Strafraumenerhöhung führt und gängigen Korrekturmechanismen einen Riegel vorschiebt. Die Auslegungsspielräume werden verengt, ein einheitliches Regelungskonzept liegt der Neuregelung nicht zugrunde. Im Ergebnis gilt daher: Lieber keine Reform als diese.

### Literatur

*Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer* Alternativ-Entwurf Leben, vorgelegt von Heine u. a., GA 2008, 193 – 270

<sup>42</sup> So die Formulierung der *Expertengruppe* 2015, 23.

Arzt Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971), 1 – 38

Deckers/Fischer/König/Bernsmann Zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag, NStZ 2014, 9 – 17

Dreher Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.1.1956 – 2 StR 432/55, MDR 1956, 499 – 501

Eser (1980) 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, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages Berlin 1980, Band I (Gutachten), Teil D

Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (2015) Abschlussbericht

Freisler Gedanken über das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches, DJ 1941, 929 – 938

Frommel Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahr 1941, JZ 1980, 559 – 564

dies. (1984) Welzels finale Handlungslehre, eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht – oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus“ im Strafrecht, in: Reifner/Sonnen (Hrsg.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 86 – 96

dies. (1988) Wieso gelingt es nicht, die allgemein für reformbedürftig angesehenen Tötungsdelikte zu novellieren?, in: Weber/Scheerer (Hrsg.), Leben ohne Lebenslänglich: Gegen die lebenslange Freiheitsstrafe, 69 – 84

Gerhold (2014) Die Akzessorietät der Teilnahme an Mord und Totschlag

Gleispach (1936) Tötung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht – Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., 371 – 388

Grünnewald (2010) Das vorsätzliche Tötungsdelikt

dies. Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform, JA 2012, 401 – 406

dies. (2016) Reform der Tötungsdelikte

Joecks/Miebach (2012) Münchener Kommentar zum StGB, Band 2, §§ 38 – 79b, 2. Aufl.

Lange Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, JR 1949, 165 – 172

Müssig (2005) Mord und Totschlag, Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts

*Regge/Schubert* (1988) Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts – II. Abteilung, NS-Zeit (1933 – 1939), Band 2, Teil 1

*dies.* (1990) Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts – II. Abteilung, NS-Zeit (1933 – 1939), Band 1, Teil 2

*Schmidt-Leichner* Das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. Sept. 1941 und die Durchführungsverordnung vom 24. Sept. 1941, DR 1941, 2145 – 2151

*Schönke* Anmerkung zu KG Berlin, Urteil vom 3.8.1949 – 1 Ss 167/49, NJW 1950, 238

*Schröder* Der Aufbau der Tötungsdelikte, SJZ 1950, 560 – 569

*Thomas* (1985) Die Geschichte des Mordparagrafen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart

Kontakt:

*Prof. Dr. Sönke Gerhold*

*Universität Bremen*

*Fachbereich Rechtswissenschaft*

*Universitätsallee, GW 1*

*28359 Bremen*

*Telefon: 0421/21866165*

*E-Mail: ge\_so@uni-bremen.de*