

# Grundfragen einer Reform der Tötungsdelikte\*

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Tübingen

## I. Vorbemerkungen

In die alte Frage nach einer Reform des deutschen Tötungsstrafrechts ist in den letzten zwei Jahren wieder Bewegung gekommen. Kennzeichnend für die neue Reformdebatte ist, dass sie nicht „von unten“ aus breitem Wehklagen der Strafjustiz über die §§ 211 ff. StGB angestoßen wurde<sup>1</sup>, sondern gleichsam „von oben“ aus Politik und Wissenschaft. Als Auslöser können insoweit gelten die im Herbst 2013 auf der Justizministerkonferenz angekündigte und im Februar 2014 umgesetzte Bundesratsinitiative Schleswig-Holsteins zu einer redaktionellen Überarbeitung der §§ 211 ff. StGB<sup>2</sup> sowie die radikale Stellungnahme des DAV zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag vom Januar 2014<sup>3</sup> zusammen mit einem gleichlautenden Aufsatz von *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* in der *NStZ*.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund setzte der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz im Mai 2014 eine Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte ein, die im Juni 2015 ihren Abschlussbericht vorgelegt hat.<sup>5</sup> Der Auftrag der Expertengruppe war beschränkt auf eine Prüfung von Reformbedürftigkeit und Lösungsmöglichkeiten zu den §§ 211-213 StGB einschließlich des § 57a StGB sowie zu etwaigen strafvollzugsrechtlichen und strafprozessualen Folgeproblemen. Ein Gesetzentwurf sollte nicht erarbeitet werden.<sup>6</sup>

Entsprechend dieser Begrenzung werden im Folgenden als Grundfragen einer Reform der Tötungsdelikte allein Fragen nach dem Verhältnis von Mord und Totschlag, ihrer Grundarchitektur sowie ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen verstanden.<sup>7</sup> Diese Fragen betreffen den Kern des Tötungsstrafrechts. Dabei ist zu beachten, dass zwischen der Entscheidung für Art und Höhe der Sanktionen und der Ausgestaltung der (nicht zwingend tatbestandlichen) Vorausset-

zungsseite eine faktische Wechselbezüglichkeit besteht. Denn das Bedürfnis nach Ausprägung von Höchststrafwürdigkeit auf tatbestandlicher Seite wächst in dem Maße, wie auch für das künftige Tötungsstrafrecht an der lebenslangen Freiheitsstrafe als schwerster Sanktion im StGB festgehalten wird.<sup>8</sup>

Ausweislich des Protokolls der Eröffnungssitzung sind der Expertengruppe keine ausformulierten Reformziele vorgegeben worden.<sup>9</sup> Die Eröffnungsrede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz *Maas* akzentuiert insoweit allerdings die Aspekte der Optimierung von Rechtsklarheit (im Hinblick auf „Nazi-Terminologie“ in § 211 StGB), die Ausrichtung der Abgrenzung von Mord und Totschlag an spezifisch rechtlichen und trennscharfen Kriterien, die Beseitigung von „handfesten Schwierigkeiten für die Justizpraxis“ (in Bezug auf die Rechtsfolgenlösung) und die Berücksichtigung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung.<sup>10</sup> Das stimmt weitgehend überein mit bisher formulierten (nicht spannungsfreien) Zielen einer Reform der Tötungsdelikte, nämlich der Verbesserung des Lebensschutzes durch Optimierung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit bei gleichzeitiger Gewährleistung von hinreichender Einzelfallgerechtigkeit.<sup>11</sup>

## II. Mängel des geltenden Tötungsstrafrechts

Eine Reform der Tötungsdelikte setzt voraus, dass über die Mängel des geltenden Tötungsstrafrechts Einigkeit besteht. Weitgehend konsentiert sind vor allem folgende Schwächen: die Verwendung der Begriffe von „Mörder“ und „Totschläger“, die an die nationalsozialistische Tätertypenlehre erinnert; der Sanktionssprung zwischen Totschlag und Mord; der Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus bei Mord und die unzureichende Ausdifferenzierung privilegierter Fälle des Totschlags gem. § 213 StGB.

Häufig kritisiert werden darüber hinaus: die Untauglichkeit der Mordmerkmalskasuistik, weil ein verbindliches Leitprinzip fehle, viele Mordmerkmale ambivalent und unbestimmt seien sowie die Kasuistik zu einer Unterbewertung des Rechtsguts Leben durch Überschätzung der Mordmerkmale führe; die Rechtsprechung zu Teilnahmeproblemen bei Mord und Totschlag sowie die Unbestimmtheit der Schuld-schwereklausel in § 57a StGB.<sup>12</sup>

---

\* Bei dem Text handelt es sich um die aktualisierte und leicht ergänzte Fassung eines Diskussionspapiers, das der *Verf.* für die Sitzung des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer am 24.-26.10.2014 in Berlin vorbereitet hat. Der *Autor* widmet den Beitrag dem verehrten Jubilar *Heribert Ostendorf*, der sich im Laufe seiner reichen wissenschaftlichen Tätigkeit wiederholt auch mit Fragen des strafrechtlichen Lebensschutzes befasst hat.

<sup>1</sup> Vgl. auch *U. Schneider*, *NStZ* 2015, 64 (68).

<sup>2</sup> BR-Drs. 54/14 v. 12.02.2014.

<sup>3</sup> Stellungnahme Nr. 1/2014 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag: §§ 211, 212, 213 StGB vom Januar 2014.

<sup>4</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, *NStZ* 2014, 9.

<sup>5</sup> Abschlussbericht Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), Juni 2015. Über die Ergebnisse informiert *Dölling*, *DRiZ* 2015, 260.

<sup>6</sup> *Dölling*, *DRiZ* 2015, 260.

<sup>7</sup> Ausgeklammert bleiben also die Tötung auf Verlangen, der Schwangerschaftsabbruch sowie Aussetzung und fahrlässige Tötung.

<sup>8</sup> Dazu *Eser*, Gutachten 53. DJT 1980, D 86 ff.; vgl. auch *Krehl*, *ZRP* 2014, 98.

<sup>9</sup> Vgl. Sitzungsprotokoll Expertengruppe v. 20.5.2014, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 115 ff. und 121.

<sup>10</sup> Vgl. Eröffnungsrede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz *Maas*, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 1 f., 2 f., 3 f.

<sup>11</sup> Zu diesen Reformzielen siehe etwa *Eser* (Fn. 8), D 62 (D 71 f.); *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (198 ff. [AE-Leben]); auch Sitzungsprotokoll Expertengruppe v. 20.05.2014, *Dölling*, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 116.

<sup>12</sup> Eingehend zu diesen *Eser* (Fn. 8), D 34 (61 f.); in der Analyse weitgehend übereinstimmend *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetz-*

Davon abgesehen sind zahlreiche Einzelfragen, etwa die Frage nach einer Beibehaltung oder Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, vor allem aber Reichweite und Wege einer Reform der Tötungsdelikte seit Jahrzehnten heillos umstritten. Auch das ist ein Grund dafür, dass die Grundkonzeption des geltenden Tötungsstrafrechts seit über 70 Jahren trotz massiver Kritik Bestand hat.

### III. Abschaffung von „Nazi-Terminologie“

In dieser Lage wird man zunächst den Gesetzesantrag des Landes Schleswig-Holstein vom 12.2.2014 deshalb als konsensfähig ansehen dürfen, weil er sich auf die sprachliche Bereinigung der §§ 211 ff. StGB hinsichtlich der nationalsozialistisch gefärbten Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ beschränkt.<sup>13</sup> Denn deren ersatzlose Streichung in § 212 Abs. 1 StGB bzw. Ersetzung durch die neutralen Formulierungen „Wer“ in § 211 StGB und „Täter“ in § 213 StGB ist nicht nur sachlich unproblematisch, sondern rechtshistorisch überfällig.<sup>14</sup>

Eine (vermeintlich beklagte) Gefahr des Verlustes an moralischer Orientierung für den Bürger durch Abschaffung der Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ wäre jedenfalls nicht zu besorgen, weil der Entwurf an den hergebrachten Begriffen „Mord“ und „Totschlag“ festhält.<sup>15</sup> Auch Richter des Bundesgerichtshofs dürften keine Einwände erheben, weil der Entwurf klarstellt, dass die Bereinigungen rein redaktioneller Natur sind, namentlich keine Entscheidung des Gesetzgebers für oder gegen die vom Bundesgerichtshof vertretene These von der Eigenständigkeit der Tötungsdelikte implizieren.<sup>16</sup>

### IV. Notwendigkeit einer Unterscheidung von Mord und Totschlag

Von diesem Minimalkonsens abgesehen ergibt sich eine erste begründungsbedürftige Weichenstellung in der Architektur der Tötungsdelikte bezüglich der Frage, ob man – wie im geltenden Recht – zwischen Mord und Totschlag grundsätzlich unterscheiden oder die Unterscheidung aufgeben sollte.

Für die Aufgabe der Unterscheidung haben sich zuletzt vor allem der Strafrechtsausschuss des DAV und die *Autoren Deckers/Fischer/König/Bernsmann* ausgesprochen. Letztere monieren, dass die Unterscheidung von Mord und Totschlag schon im Ansatz verfehlt sei, weil sie besondere Modalitäten

der Verletzung des Rechtsguts Leben überbewerte und dadurch die Gefahr einer Abwertung des Rechtsguts indiziere. Zudem sei in der Vergangenheit weder eine überzeugende begriffliche und kriminologische Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag gelungen noch sei das angesichts der Vielfalt der Erscheinungsformen lebensvernichtender Taten auch nur möglich. „Dies unvoreingenommen zur Kenntnis zu nehmen, anstatt es durch immer neue – mehr oder minder fantasievolle – [...] 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.“<sup>17</sup> Entsprechend wird de lege ferenda ein ungestufter Tötungstatbestand in § 212-E StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe gefordert, dem in § 213-E StGB lediglich ein unbenannter minder schwerer Fall der Tötung zur Seite tritt.<sup>18</sup>

Dieser Vorschlag überzeugt nicht.<sup>19</sup> Dass Abgrenzungen und Abstufungen im Tötungsstrafrecht angesichts der Vielfalt möglicher Tötungsfälle schwierig sind, bedeutet nicht, dass sie unmöglich sind. Umgekehrt zeigt die Vielfalt persönlicher Unrechts- und Schuldverstrickungen bei Tötungen, dass in der sozialen Wahrnehmung Tötung nicht gleich Tötung ist. Insoweit besteht, wie *Eser* zutreffend herausgearbeitet hat, gerade im Tötungsstrafrecht ein sozialpsychologisches und rechtsethisches Bedürfnis nach Differenzierungen und Abstufungen. Dem tragen auch nahezu alle Rechtsordnungen mehr oder weniger Rechnung.<sup>20</sup>

Zudem versprechen Differenzierungen und Abstufungen grundsätzlich eine größere Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit, die im Tötungsstrafrecht als dem schwersten Strafunrecht wegen Art. 103 Abs. 2 GG in besonders hohem Maße geboten ist.<sup>21</sup> Insoweit ist der Vorschlag des DAV bewusst radikal defizitär, weil er selbst für den minder schweren Fall der Tötung anders als das erklärte Vorbild Österreich (siehe dort § 76 öStGB mit dem Abstellen auf eine allgemein begriffliche Gemütsbewegung) kein Differenzierungskriterium anführt. So dürfte auch der DAV-Vorschlag die angesichts der Vielfalt möglicher Tötungsgeschehen notwendigen Differenzierungs- und Gewichtungsprobleme nicht zum Verschwinden bringen, sondern lediglich in die Strafzumessung verschieben.<sup>22</sup> Und hier erstaunt das Vertrauen, dass die Gegner jeglicher Differenzierung nun den Gerichten bei der Strafzumessung entgegenbringen, jenen

buch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor § 211 Rn. 169 f.; *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (194 ff. [AE-Leben]); ferner *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 39 ff.; *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTZ 2014, 9 (9 f.); *Kubicel*, ZRP 2015, 194 (194 f.).

<sup>13</sup> BR-Drs. 54/14 v. 12.2.2014.

<sup>14</sup> Dafür auch einhellig die Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 16, 27. Dass der „normative Tätertyp [...] auf die Rechtsanwendung keine Auswirkungen mehr“ haben soll (so *U. Schneider*, NSTZ 2015, 64 [68]), ist unerheblich.

<sup>15</sup> Vgl. BR-Drs. 54/14, S. 4 f.

<sup>16</sup> BR-Drs. 54/14, S. 4.

<sup>17</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTZ 2014, 9 (15).

<sup>18</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTZ 2014, 9 (16); Stellungnahme Nr. 1/2014 DAV vom Januar 2014, S. 3 ff.; für einen Einheitstatbestand der vorsätzlichen Tötung auch *Köhne*, ZRP 2014, 21 (24).

<sup>19</sup> So auch die Mehrheit der Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 24; ebenso *Krehl*, ZRP 2014, 98 (98 f.).

<sup>20</sup> *Eser* (Fn. 8), D 93 (D 96 f.); *Kargl*, JZ 2003, 1141 (1147 f.).

<sup>21</sup> Zum verfassungsrechtlichen Rahmen näher *Krehl*, ZRP 2014, 98 (98 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. zu diesem Problem bereits *Eser* (Fn. 8), D 92 f.

Gerichten, deren Auslegung des geltenden Tötungsstrafrechts sie zuvor ein schlechtes Zeugnis bescheinigt haben.<sup>23</sup>

### V. Zwei- oder dreistufige Differenzierung zwischen Mord und Totschlag?

Ist damit eine Differenzierung zwischen Mord und Totschlag vorzugswürdig, so stellen sich die weiteren (strittigen) Fragen, ob diese Differenzierung zwei- oder dreistufig vorzunehmen ist und von welchem Ankertatbestand bei dieser Stufung auszugehen ist.

In der Reformdiskussion der letzten Jahrzehnte sind vermehrt zweistufige Differenzierungen vorgeschlagen worden, so z.B. von *Eser* 1980 mit der Unterscheidung von Mord als nichtprivilegiertes Tötung gem. § 211 StGB und Totschlag als privilegierter Tötung<sup>24</sup>; dem AE-Leben 2008 mit ähnlicher Differenzierung, wobei der AE-Leben in § 212 Abs. 2 E-StGB eine Regelung für das Zusammentreffen von unrechtserhöhenden und privilegierenden Merkmalen enthält<sup>25</sup>; oder zuletzt vom Kommissionsmitglied *Grünwald* mit der Unterscheidung zwischen einer „normalen“ vorsätzlichen Tötung als Grundtatbestand „Mord“ und einer privilegierten Tötung.<sup>26</sup>

Von alters her und bis heute werden freilich – wie im geltenden Recht – auch dreistufige Lösungen favorisiert, die von einem (Grund-)Tatbestand der vorsätzlichen Tötung ausgehend zwischen Strafschärfungen und Strafmilderungen unterscheiden. Zu nennen sind hier etwa die Entwürfe des E 1962 (Totschlag mit Privilegierungen sowie Mord)<sup>27</sup>, der AE 1970 (Einheitstatbestand der vorsätzlichen Tötung mit Qualifikationen und Privilegierungen)<sup>28</sup> oder aus jüngerer Zeit die Vorschläge von *Kargl* (Mord als Grundtatbestand mit Strafschärfungen und Totschlag als privilegierte Tötung)<sup>29</sup>, *Kubik/Zimmermann* (Totschlag in § 211 E-StGB als Ausgangstatbestand, Mord in § 212 E-StGB als Regelbeispiele, minder schwerer Fall des Totschlags in § 213 E-StGB)<sup>30</sup> und *Walter* (Totschlag in § 211 E-StGB mit Privilegierungen als Regelbeispiele, Mord in § 212 E-StGB mit zwei Strafschärfungsgruppen).<sup>31</sup>

Für die zweistufigen Lösungen wird angeführt, dass die dreistufigen Lösungen mit der Unterscheidung zwischen einem Normalfall der vorsätzlichen Tötung und Mord als strafgeschärfter Tötung das Rechtsgut Leben unterbewerten würden, was nicht sachgerecht sei. Um das Rechtsgut Leben besser zu schützen, müsste deshalb der Bereich der Tötungsdelikte, die als Mord eingestuft werden, erweitert und zu-

sammengefasst werden in der (neuen) Stufe der nichtprivilegierten Tötung.<sup>32</sup>

Das erscheint nicht zwingend. Zunächst ist nicht zu sehen, warum bereits die schiere Unterscheidung zwischen durchschnittlichen (etikettiert als Totschlag) und hochgestuften Fällen (etikettiert als Mord) der vorsätzlichen Tötung im dreistufigen Modell das Rechtsgut Leben unterbewerten sollte. Das gilt umso mehr, als auch die zweistufigen Lösungen von *Eser* und AE-Leben innerhalb des „Mordes“ zwischen Tötungen differenzieren, die mit zeitiger Freiheitsstrafe und die mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu sanktionieren sind.<sup>33</sup> Dass bereits die bloße Umetikettierung von allen nichtprivilegierten vorsätzlichen Tötungen als Mord zu mehr Lebensschutz führt, ist zweifelhaft. Umgekehrt könnte die im Vergleich zum bisherigen Verständnis weite Lesart des Begriffes „Mord“ in den zweistufigen Lösungen zu Irritationen führen. Denn zumindest in Deutschland dürfte „Mord“ überwiegend und exklusiv als schwerste Stufe nichtprivilegierter vorsätzlicher Tötungen verstanden werden. Will man zudem der Vielfalt der Tötungsgeschehen in höchstmöglicher Tatbestands- und Sanktionsbestimmtheit Rechnung tragen, so spricht das eher für dreistufige Differenzierungen zwischen Mord und Totschlag.<sup>34</sup>

### VI. Abschaffung des Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus der Mordmerkmale

Dass im geltenden § 211 StGB bei Verwirklichung auch nur eines Mordmerkmals zwingend auf lebenslange Freiheitsstrafe als Punktstrafe zu erkennen ist, gilt als ein Hauptmonitum der Kritik am geltenden Tötungsstrafrecht.<sup>35</sup> In der Tat haben der Gesetzgeber selbst mit Einführung des § 57a StGB und die Rechtsprechung mit Erfindung der Rechtsfolgenlösung<sup>36</sup> diesen Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus des § 211 StGB aufgebrochen und abgeschwächt.

Das geht aber nicht weit genug. Die notwendige Flexibilisierung muss im Text der Tötungsstrafnormen selbst durch Abschaffung des Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus zum Ausdruck kommen,<sup>37</sup> sei es auf der Voraussetzungsseite durch Einführung von Regelbeispielen, sei es auf der Rechtsfolgenseite durch Öffnung des § 211 StGB für minder schwere Fälle oder Einführung von zeitigen Freiheitsstrafen.

<sup>23</sup> Ablehnend insoweit auch *Walter*, NSStZ 2014, 368.

<sup>24</sup> *Eser* (Fn. 8), D 106 ff. und D 199 ff.

<sup>25</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (200 [AE-Leben]).

<sup>26</sup> *Grünwald* (Fn. 12), S. 368 ff.; zustimmend *Kubicel*, ZRP 2015, 194 (196).

<sup>27</sup> BT-Drs. IV/650, S. 35.

<sup>28</sup> *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970, S. 16.

<sup>29</sup> *Kargl*, JZ 2003, 1141 (1147 ff.).

<sup>30</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588 f.).

<sup>31</sup> *Walter*, NSStZ 2014, 368 (374 ff.).

<sup>32</sup> *Eser* (Fn. 8), D 97 ff., D 106 ff.; *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (206 [AE-Leben]).

<sup>33</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 8), D 200; *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (200 [AE-Leben]).

<sup>34</sup> So auch die Mehrheit der Expertengruppe, vgl. Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 24.

<sup>35</sup> Dazu oben II.

<sup>36</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>37</sup> Ebenso die Mehrheit der Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 55.

## VII. Tatbestandliche Abstufungen oder Regelbeispiele?

In der Reformdiskussion zum Tötungsstrafrecht ist sehr streitig, ob die Auf- und Abstufungen bei der vorsätzlichen Tötung in Gestalt von Qualifikationen bzw. Privilegierungen und/oder in Gestalt von Regelbeispielen erfasst werden sollen.

Reine Qualifikationen bzw. Privilegierungen enthalten z.B. der E-1962<sup>38</sup>, der AE-1970<sup>39</sup> und der Entwurf von Kargl<sup>40</sup>, nur Regelbeispiele hingegen der Vorschlag von Eser.<sup>41</sup> Mischformen, also Kombinationen von Qualifikationen/Privilegierungen und Regelbeispielen, finden sich etwa bei: AE-Leben („spezifische Regelbeispiele“ bei Mord, Privilegierungen bei Totschlag), Kubik/Zimmermann (Regelbeispiele bei Mord, Privilegierungen bei § 213 StGB)<sup>42</sup> und Walter (Qualifikationen bei Mord, Regelbeispiele für minder schwere Fälle der Tötung).<sup>43</sup>

Für Qualifikationen bzw. Privilegierungen sprechen: die abschließende Erfassung von Unrechts- und Schuldsteigerungen bzw. entsprechenden Privilegierungen; die höhere Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit auf Voraussetzungsseite, insbesondere durch fehlende Probleme bei Versuch und Irrtum; die höhere Revisionsfreundlichkeit sowie die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 2 StGB auf Teilnehmer.

Für Regelbeispiele sprechen dagegen: die Aufbrechung des Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus bei Mord bereits auf der Voraussetzungsseite und damit eine höhere Einzelfallgerechtigkeit; die höhere Flexibilität bei Privilegierungen; die stete Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung sowie die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 2 StGB auf Teilnehmer.

Die Entscheidung hängt maßgeblich auch davon ab, wie man sich grundsätzlich zur Regelbeispielstechnik, ihren Vorzügen und Problemen (z.B. Vorsatz, Versuch, Beteiligung etc.<sup>44</sup>) verhält. Die höhere Rechtssicherheit spricht jedenfalls für das Qualifikations- bzw. Privilegierungsmodell.<sup>45</sup> Sollte man dagegen Regelbeispiele favorisieren,<sup>46</sup> so scheinen mir zwei Folgeentscheidungen im Hinblick auf die erforderliche Rechtssicherheit im Tötungsstrafrecht unverzichtbar. Zum einen sollten benannte Regelbeispiele sowohl bei Mord als auch für die minder schweren Fälle des Totschlags eingeführt werden.<sup>47</sup> Zum anderen sollte, wie das der AE-Leben umgesetzt hat, bei Mord die Regelbeispielstechnik dahin eingeschränkt werden, dass das Gericht bei Nichtvorliegen eines

Regelbeispiels nicht lebenslange Freiheitsstrafe in einem sonstigen Fall aussprechen darf (Formulierung: „dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend“).<sup>48</sup>

## VIII. Generalklausel oder Fallgruppen oder Beides für Auf- und Abstufungen?

Soweit man zwischen Mord und Totschlag nach Unrechts- und Schuldabstufungen differenzieren will,<sup>49</sup> ist die Bildung von Fallgruppen zur Abschichtung unvermeidlich. Denn die bloße Abgrenzung nach einem Generalprinzip (Überlegung, Gefährlichkeit, Verwerflichkeit etc.) wäre zu unbestimmt und damit zu wenig rechtssicher. Das hat die Diskussion zur alten Überlegungslösung bis 1941 gezeigt.<sup>50</sup>

Ob Fallgruppen mit einer Generalklausel verbunden werden sollten, erscheint mir nicht zwingend. Eser („besonders gefährliche Einstellung gegen Leib und Leben“)<sup>51</sup> und der AE-Leben (Verwirklichung von besonders erhöhtem Unrecht, „das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“)<sup>52</sup> haben das vorgeschlagen. Gewiss ist ein gesetzliches Leitprinzip geeignet, die Auslegung rechtssicherer zu machen. Andererseits entsteht aber auch die Gefahr, der Einzelfallgerechtigkeit bei der Auslegung im leitprinzipfernen Bereich nicht hinreichend Rechnung tragen zu können. Das gilt umso mehr, als die Frage des richtigen Leitprinzips bei Mord chronisch umstritten ist.<sup>53</sup>

Die Frage, welche einzelnen Fallgruppen bei den hochgestuften („Mordmerkmale“) – zu begrüßen wäre etwa die Ersetzung des Mordmerkmals der Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls (oder Angriffs)“<sup>54</sup> – und den abgestuften vorsätzlichen Tötungen zu bilden sind, gehört nicht mehr zu den Grundfragen des Tötungsstrafrechts und wäre gesondert zu behandeln.

## IX. Lebenslange Freiheitsstrafe oder zeitige Freiheitsstrafen?

Die Frage, ob die lebenslange Freiheitsstrafe beibehalten oder durch eine zeitige Freiheitsstrafe ersetzt werden sollte, ist zwar wissenschaftlich angezeigt, scheint derzeit aber nicht auf der politischen Agenda zu stehen. Zum einen befürchtet man bei einer Abschaffung wegen des hohen symbolischen Gehalts der lebenslangen Freiheitsstrafe Vermittlungsprobleme gegenüber Politik und breiter Öffentlichkeit. Insoweit dürften Reformpakete mit dem Vorschlag der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe gegenwärtig zum Scheitern

<sup>38</sup> BT-Drs. IV/650, S. 35.

<sup>39</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches (Fn. 28), S. 16.

<sup>40</sup> Kargl, JZ 2003, 1141 (1147 ff.).

<sup>41</sup> Eser (Fn. 8), D 199 ff.

<sup>42</sup> Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582 (588).

<sup>43</sup> Walter, NSStZ 2014, 368 (374).

<sup>44</sup> Stellvertretend Eisele, Die Regelbeispielstechnik im Strafrecht, 2004, S. 283 ff.

<sup>45</sup> Für Qualifikationen auch die Mehrheit der Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 24 f.

<sup>46</sup> Dafür Krehl, ZRP 2014, 98 (100).

<sup>47</sup> Die Mehrheit der Expertengruppe will § 213 StGB im Kernbereich beibehalten, aber dahin ändern, dass der Katalog der minder schweren Fälle abschließend (!) unter Ausschluss eines unbenannten minder schweren Falls geregelt wird (Abschlussbericht Expertengruppe [Fn. 5], S. 19, 62 f.).

<sup>48</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (200 und 224 f. [AE-Leben]).

<sup>49</sup> So die Mehrheit der Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 31 ff.

<sup>50</sup> Eser (Fn. 8), D 23 ff.; ebenso einhellig die Expertengruppe, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 28.

<sup>51</sup> Eser (Fn. 8), D 168 ff., 200.

<sup>52</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (200 und 230 ff. [AE-Leben]).

<sup>53</sup> Dazu Albrecht, JZ 1982, 697; Schroeder, JuS 1984, 275; vgl. auch Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 28 ff.

<sup>54</sup> Eingehend Ignor, in: Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 515 ff. (522 f.); zu den Abstimmungen der Expertengruppe siehe Abschlussbericht (Fn. 5), S. 43 f.

verurteilt sein. Zum anderen zöge die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe wohl auch (schwierige) Konsequenzen im gesamten Sanktionengefüge des StGB nach sich. Verfassungsrechtlich ist die lebenslange Freiheitsstrafe aber nicht geboten.<sup>55</sup>

#### **X. Reform des § 57a StGB?**

Der AE-Leben fordert wegen der Unbestimmtheit der Aussetzungsvoraussetzungen und der Tendenz zur Verlängerung der Vollstreckungsdauer die Streichung der Schuldschwereklausel in § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Sie soll durch eine differenzierte Regelung zur Mindestverbüßungsdauer ersetzt werden. Zusätzlich wird die Aufhebung des § 57b StGB gefordert.<sup>56</sup>

Diese Vorschläge sind sehr erwägungswürdig. Sie folgen meiner Ansicht nach aber noch nicht zwingend aus der Abschaffung des Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus bei § 211 StGB,<sup>57</sup> sondern hängen mit der Sinnigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe und ihrer Aussetzung zusammen. Die knappe Mehrheit der Expertengruppe jedenfalls hat sich für eine grundsätzliche Beibehaltung der Schuldschwereklausel ausgesprochen, will jedoch richtigerweise die Faktoren, welche die besondere Schwere der Schuld begründen, exemplarisch im Gesetz aufzählen.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> *Krehl*, ZRP 2014, 98.

<sup>56</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (202 und 254 ff. [AE-Leben]).

<sup>57</sup> Vgl. *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (255 [AE-Leben]).

<sup>58</sup> Abschlussbericht Expertengruppe (Fn. 5), S. 64 f.