

# Grundlagenprobleme der „Leitprinzipien“ und der „Motivgeneralklausel“ des Mordtatbestands

## Ein Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion\*

Von Prof. Dr. Reinhard Merkel, Hamburg

### I. Die Leitprinzipien

Ihnen wird üblicherweise die Aufgabe zugeschrieben, die Mordmerkmale unter einem einheitlichen normativen Ordnungsprinzip (oder mehreren solchen Prinzipien) zu erklären, sie als Kriterien der Abgrenzung zum Totschlag zu begründen und damit das aus ihnen abgeleitete Verdikt der Höchststrafwürdigkeit zu legitimieren. Zudem sollen sie eine möglichst kohärente Auslegung des Gesamttatbestands gewährleisten. Seit der Abkehr des Gesetzeswortlauts von dem psychologischen Abgrenzungskriterium des RStGB (Mord als Tötung „mit Überlegung“) werden hauptsächlich zwei Leitprinzipien postuliert: das der besonderen Verwerflichkeit und das der besonderen Gefährlichkeit des Mordes.<sup>1</sup> Andere Autoren halten dagegen eine monistische Orientierung sämtlicher Mordmerkmale nach den Maßgaben eines einheitlichen Grundprinzips für unmöglich oder wenig sinnvoll. Vielmehr müsse für eine plausible Deutung wechselweise jeweils das eine oder das andere Prinzip herangezogen werden, und für manche Mordmerkmale beide zusammen.<sup>2</sup>

Diese knappen Hinweise sind gänzlich geläufig. Aber schon mit ihnen sind mehr Probleme verbunden, als in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur gemeinhin wahrgenommen oder zugegeben wird. Selten werden diese Probleme genauer erörtert, oft gänzlich ignoriert. Sie bedürfen aber der Klärung, sollen die postulierten Leitprinzipien die Zwecke, die ihnen zugeschrieben werden, plausibel und legitim erfüllen.

#### 1. Das Prinzip „Gefährlichkeit“

Worauf genau bezieht sich dieses Prädikat? Wer oder was soll bei einem geschehenen Mord als besonders gefährlich gelten? Der Täter? Seine konkrete Tat? Ein bestimmter Ty-

pus tödlichen Handelns, den diese Tat exemplarisch verwirklicht? Oder noch etwas anderes? Die Frage wird bemerkenswert selten gestellt, wiewohl sie sich eigentlich aufdrängt. Antworten darauf findet man dagegen durchaus häufig. Aber da die Frage offenbar regelmäßig nicht als Ausdruck eines echten Problems aufgefasst wird, erfolgen solche Antworten meist beiläufig apodiktisch und eher wie das Mitnehmen einer Selbstverständlichkeit. Das sind sie jedoch keineswegs. Schlagend spiegelt dies der Umstand wider, dass sie ganz unterschiedlich ausfallen. Die einen nennen als Bezugsgegenstand des Gefährlichkeitsurteils den Täter, die anderen die Tat und wieder andere ein Element des Tötungsvorgangs, das sich sowohl der Tat als auch dem Täter zuordnen lässt (und gelegentlich auch weder diesem noch jener).<sup>3</sup>

#### a) Bezugsobjekt: der Täter?

Auf den Täter kann das Verdikt des Leitprinzips „Gefährlichkeit“ freilich nicht sinnvoll bezogen werden.<sup>4</sup> Dass er im Moment des Ansetzens zu seiner Tat für sein Opfer extrem gefährlich war, ist trivialerweise wahr. Aber das kann mit einem auf ihn bezogenen Leitprinzip „Gefährlichkeit“ nicht gemeint sein. Wurde die Tat vollendet, war er ja weit mehr als nur gefährlich, nämlich tödlich destruktiv für sein Opfer; und eben dafür wird er bestraft. Das konkrete Lebensgefährlichsein unmittelbar vor der Tat (wie „besonders“ auch immer es gewesen sein mag) ist begrifflich nur ein Teilelement der Lebensvernichtung und somit in dieser notwendig einge-

\* Überarbeitete Version der Stellungnahme des Verf. für die Kommission des BMJV zur Reform der Tötungsdelikte.

<sup>1</sup> Für „Verwerflichkeit“ etwa: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 18; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 211 Rn. 4; *Köhler*, GA 1980, 121; *Votteler*, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“, 2014, S. 15 f. Für „Gefährlichkeit“ *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl., 2012, § 211 Rn. 18 ff.; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 21; *Arzt*, ZStW 83 (1971), 16, 24; *Rieß*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentags* (Hrsg.), 53. Deutscher Juristentag, 1980, Diskussionsbeitrag M 73.

<sup>2</sup> *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor § 211 Rn. 139; *Rüping*, JZ 1972, 619; *Albrecht*, JZ 1982, 699; *Saliger*, ZStW 109 (1997), 308; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 2 Rn. 25.

<sup>3</sup> Ausdrücklich von Gefährlichkeit „des Täters“ spricht *Otto* (Fn. 2), § 2 Rn. 22, 25, § 4 Rn. 1 (der selbst aber monistische Deutungen ablehnt); ebenso *Hilgendorf* (Fn. 1), Rn. 21; *Arzt* (Fn. 1), Rn. 16, 24; ähnlich *Schünemann*, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1978, S. 117 (132): manifestierte „Rückfallgefährlichkeit“ des Täters, allerdings auch „generalpräventive Strafbedürfnisse“; in der Sache auch 53. Deutscher Juristentag, Beschlüsse (1980), II. 2. 4. Alt., M 164: „besonders gefährliche Einstellung gegenüber Leib und Leben“; das kann sich naturgemäß nur auf den Täter beziehen. „Gefährlichkeit der Tat“ dagegen bei *Neumann* (Fn. 1), Vor § 211 Rn. 138 (der selbst ebenfalls monistische Deutungen verneint); schwankend *Schneider* (Fn. 1), § 211, einerseits Rn. 18: besondere Gefährlichkeit der „Tötungen“ (was die Einzeltat wie den in ihr verwirklichte Tattypus bezeichnen kann), andererseits Rn. 19, 86 u.ö.: „hochgradig gefährliche Einstellung“ des Täters; vermutlich sind beide, die Tat wie der Täter in Bezug genommen.

<sup>4</sup> § 454 Abs. 2 S. 2 StPO, der eine mögliche Aussetzung des Strafrests zur Bewährung von der psychiatrischen Prognose künftiger Ungefährlichkeit des Täters abhängig macht, ändert daran selbstverständlich nichts; er regelt etwas ganz anderes und hat mit unserer Frage keinen Zusammenhang.

schlossen. Das Gewicht des Unrechts der tödlichen Gefährlichkeit wird daher von der Strafe für das nachfolgende Unrecht der tödlichen Wirksamkeit vollständig erfasst und abgegolten – und das heißt: von der Strafe für den Totschlag.

Was mit dem Prinzip einer mordbegründenden Gefährlichkeit des Täters somit allenfalls gemeint sein kann, ist dessen fortdauernde persönliche Gefährlichkeit auch noch nach der Tat, in der sie sich manifestiert hat. Aber davon kann die Frage, ob er wegen Mordes zu verurteilen ist, schlechterdings nicht abhängen. Nehmen wir an, er sei selbst durch die Mordtat (oder nach dieser auf der Flucht) schwer verletzt worden, seither vollständig gelähmt und damit auf Lebenszeit ungefährlich. Wegen Mordes bestraft werden müsste er gleichwohl. Und was eine möglicherweise fortbestehende Gefährlichkeit anbetrifft, so ist es nicht legitim, die Feststellung höchststrafwürdiger Schuld und das korrespondierende Maß der Strafe für eine begangene Tat auf Befürchtungen für die Zukunft zu gründen, also auf Umstände, die genuin zum Maßregelrecht und allenfalls noch zum Vollstreckungsrecht (§ 454 Abs. 2 StPO) gehören.<sup>5</sup> Bestraft werden kann der Täter nur für das Maß der Schuld, das er mit seiner Tat verwirklicht hat, nicht für das seiner Gefährlichkeit, das in ihr zum Ausdruck gekommen ist.

#### b) Die konkrete Tat?

Will man daher das Leitprinzip „Gefährlichkeit“ auf „die Tat“ beziehen, so fragt sich, ob damit die konkrete Einzeltat oder ein in ihr verwirklichter Typus tödlichen Handelns gemeint ist. Sinnvoll kann allenfalls das letztere sein. Gewiss war die konkret geschehene Tat extrem gefährlich, und mehr als das, nämlich vernichtend. Aber sie ist Vergangenheit. Und wie alle Geschehnisse im raum-zeitlichen Kontinuum des Universums kann sie sich nicht wiederholen, also für niemanden mehr gefährlich sein.

#### 2. Der Vorschlag des AE-Leben 2008

Hieran erweist sich auch der Vorschlag des „AE-Leben“, eine spezifische Form des Leitprinzips „Gefährlichkeit“ einem künftigen reformierten Mordtatbestand als Maßgabe für die Strafzumessung ausdrücklich einzuschreiben, als wenig überzeugend. Er lautet so: „Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist.“<sup>6</sup> Das wird man schwerlich anders lesen können denn als bezogen auf die konkrete Tat. Aber diese selbst bzw. das in ihr verwirklichte (ggf. „erhöhte“) Unrecht ist niemals geeignet, die Rechtssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen. Denn sie ist Vergangenheit. Allenfalls indirekt könnte sie eine solche bedrohliche Wirkung auf die „Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ ausüben, nämlich im

Modus einer Art ansteckender Vorbildwirkung, die potentielle andere Täter zu ähnlichen Taten animieren könnte. Aber abgesehen davon, dass die in dem Entwurf vorgeschlagene Wendung ersichtlich so nicht gemeint ist, erscheint eine solche „Infektionswirkung“ typischer Mordtaten schon auf den ersten Blick wenig wahrscheinlich.<sup>7</sup> Einer seriösen empirischen Beglaubigung dürfte sie nicht fähig sein. Gewichtiger ist aber ein normativer Einwand: Dem Täter eines Mordes wären die künftigen Tötungsentschlüsse Dritter selbst dann nicht zuzurechnen, wenn diese aus seiner Tat die böartige Anregung zu ihrer eigenen beziehen sollten. Dann ist ihm aber die bloße abstrakte Gefahr, zu einer derart vergifteten Inspirationsquelle zu werden, erst recht nicht als Element seiner Tatschuld zuzurechnen. Das Verdikt seiner Höchststrafwürdigkeit gerade darauf zu stützen, wäre nicht legitim.

#### a) „Lebenssicherheit“ vs. Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit

In der Begründung, mit der die Verfasser des AE-Leben ihr Postulat stützen, spiegelt sich die Unsicherheit über den Bezugsgegenstand des Gefährlichkeits-Kriteriums wider. Darin heißt es, die Verhängung der Höchststrafe sei „unter präventiven Gesichtspunkten“ dann gerechtfertigt, „wenn nach außen hin eine über die individuelle Tötung hinausgehende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit in Frage steht“.<sup>8</sup> Anders als in der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung („besonders erhöhtes Unrecht“), scheint nun nicht das konkrete Tatunrecht, sondern etwas darüber Hinausgehendes als Quelle dieser Gefahr identifiziert zu werden. Wie wäre eine solche Zukunftswirkung des individuellen Tatunrechts über sich selbst hinaus denkbar? Durch Erzeugen des Eindrucks, schreiben die Autoren, dass „jeder Bürger zum Opfer werden könnte“, womit die Tat zum Ausdruck bringe, „dass der Rechtswert Leben als solcher in Frage gestellt wird“. Aber zum Opfer der konkreten (vergangenen) Tat kann niemand mehr werden. Und deren denkbare Infektionswirkung auf potentielle Nachahmer ist, von ihrer empirischen Unwahrscheinlichkeit abgesehen, dem Täter nicht als Element von Unrecht und Schuld seiner eigenen Tat zuzurechnen. Eine tatsächliche „Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“ durch diese Tat lässt sich also nicht sinnvoll behaupten.

<sup>7</sup> Von einer möglichen Infektionswirkung bestimmter Formen spektakulärer Suizide weiß man dagegen spätestens seit den Folgen der Publikation von Goethes „Werther“. Über eine vergleichbare Wirkung von Morden ist meines Wissens nichts bekannt. Selbstverständlich können in Einzelfällen auch Mordtaten Einfluss auf Nachahmer haben. Typischerweise wird es dabei aber um die „Vorbildwirkung“ einer bestimmten Art und Weise des Tötens gehen, also des „Wie“ der Tat, nicht aber des „Ob“ eines Tötungsentschlusses überhaupt. Ein Beispiel dafür sind bestimmte spektakuläre Massenmorde mit anschließenden Suiziden der Täter, v.a. die sog. „school shootings“; dazu *Auxemery*, *Comprehensive Psychiatry* 56 (2015), 149.

<sup>8</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (210).

<sup>5</sup> Ebenso *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 17 (m.w.N.), der einen anderen („generalpräventiven“) Gefährlichkeitsansatz vertritt; zu diesem im Folgenden.

<sup>6</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (200). In anderen Hinsichten ist der Entwurf dem geltenden Recht deutlich überlegen und deshalb nachdrücklich zu begrüßen (dazu unten III.).

Im Übrigen wird „der Rechtswert Leben als solcher“ durch jede vorsätzliche Tötung „in Frage gestellt“. Gemeint ist offenbar ein Infragestellen dieses Rechtswerts, welches über das mit jedem Totschlag verbundene erheblich hinausreicht. Was genau könnte das sein?<sup>9</sup> Die Antwort der Autoren ist wenig befriedigend: „Infolge des sozialpsychologischen Eindrucks der Beliebigkeit der Tat ist eine Zunahme der Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung zu besorgen.“<sup>10</sup> Aber das allgemeine Sicherheitsgefühl ist ersichtlich etwas anderes als die allgemeine Lebenssicherheit. Deren Bedrohung mit der Bedrohung jenes Gefühls begründen zu wollen, ist ein non sequitur.

Doch ist auch die Behauptung, das allgemeine Sicherheitsgefühl sei gerade durch Mordtaten besonders bedroht, wenig plausibel. Die Annahme ist, wie die Autoren selbst einräumen, eine empirische „Alltagshypothese“. Sie dürfte weder wissenschaftlich bestätigungsfähig sein<sup>11</sup> noch ist sie alltagspsychologisch einleuchtend. Eine oberflächliche Suggestivität bezieht sie aus einer Zweideutigkeit der Begriffe „Zunahme“ und „Kriminalitätsfurcht“. Die allgemeine Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung hängt in ihrer schieren Quantität (Verbreitung) von der öffentlichen Wahrnehmung der Zahl begangener Straftaten ab, und damit insbesondere von deren medialer Präsenz. Die Zahl der Mordtaten in Deutschland ist seit Jahren rückläufig; und ihre mediale Präsenz dürfte während dieser Zeit ungefähr gleich geblieben sein. Eine zunehmende Ausbreitung der Kriminalitätsfurcht wird sich daher schwerlich auf Mordtaten zurückführen lassen. Bezieht man die Behauptung unterschiedlicher Grade von Kriminalitätsfurcht dagegen auf Differenzen in der Qualität (Intensität) von deliktsspezifischen Ängsten jedes Bür-

<sup>9</sup> Besonders intensiv negiert den „Rechtswert“ Leben ersichtlich die vorsätzliche Tötung mehrerer Opfer (die de lege lata ohne weiteres als bloßer mehrfacher Totschlag möglich ist). Deshalb fordern die Autoren des AE-Leben mit guten Gründen, solche Mehrfachtötungen stets als Mord zu bestrafen. Aber diese erhöhte Quantität der Lebensnegierung im einzelnen konkreten Fall ist mit der oben zitierten Formulierung von der „über die individuelle Tötung hinausgehenden Bedrohung“ für die Allgemeinheit nicht gemeint und wird von ihr auch nicht erfasst.

<sup>10</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (210); grundlegend in diesem Sinn Eser, Gutachten 56. DJT, D 167; ebenso Heine, Tötung aus niedrigen Beweggründen, 1988, S. 215 ff.; nachdrücklich zustimmend Schneider (Fn. 1), § 211 Rn. 18 f.

<sup>11</sup> Die Autoren zitieren keinen wissenschaftlichen Beleg für ihre These, wiewohl die psychologische und kriminologische Literatur zum Phänomen Kriminalitätsfurcht geradezu riesig ist. Das lässt vermuten, dass man keine bestätigenden Quellen gefunden hat. Mir selbst sind keine bekannt. Zum Thema exemplarisch Garofalo, The Journal of Criminal Law and Criminology 72 (1981), 839; Farall/Gray/Jackson, Theorising the Fear of Crime, The Cultural and Social Significance of Insecurities about Crime, 2007, online abrufbar unter: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1012393](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012393) (28.8.2015); Hawdon, European Journal of Criminology 11 (2014), 39.

gers, der sich vor Verbrechen fürchtet, so liegt es freilich trivialerweise auf der Hand, dass die Furcht vor einem Mord größer ist als die vor einem Wohnungseinbruchsdiebstahl oder einem Raub. Das hat aber mit dem, was der Begriff „wachsende Kriminalitätsfurcht“ bezeichnet, nichts zu tun.<sup>12</sup> Der aus Mordtaten möglicherweise resultierende Effekt „gesteigerter“ Furcht besteht also allenfalls im Auslösen des jeweils individuellen Gefühls, dass ein Mord, als dessen Opfer man sich selbst imaginiert, im Wortsinne „furchtbarer“, nämlich mehr zu fürchten sei als andere Straftaten, nicht dagegen in einer Ausbreitung der gesellschaftlichen Furcht vor Tötungsdelikten. Der erstgenannte Effekt vermöchte aber in seiner trivialen Selbstverständlichkeit die Qualifikation einer vorsätzlichen Tötung zum Mord nicht zu legitimieren.

#### b) Der Tattypus?

Immerhin macht die zitierte Stelle aus der Begründung des AE-Leben deutlich, dass als Gegenstand des Verdikts besonders erhöhter Gefährlichkeit wohl nicht das Unrecht der konkreten Tat gemeint ist (wie es die Formulierung des vorgeschlagenen Gesetzestextes freilich nahelegt), sondern das allgemeine Unrecht eines in dieser Tat exemplarisch manifestierten Typus tödlichen Handelns. Das erscheint schon auf den ersten Blick deutlich plausibler. Gleichwohl stellen sich auch hier zwei grundsätzliche Fragen. Wenn ich recht sehe, werden sie weder im AE-Leben noch anderswo hinreichend geklärt.

#### aa) Beschreibungsabhängigkeit des Verdikts

Hier ist die erste: Wie bestimmt man diesen Typus sub specie seiner möglichen Gefährlichkeit? Das ist deshalb bedeutsam, weil der allgemeine Eindruck dieser Gefährlichkeit, auf den die AE-Verfasser ja abstellen, in erheblichem Maße abhängt von der Beschreibung, die man wählt. Je abstrakter sie ausfällt, desto suggestiv dramatischer mag sie anmuten, während sich derselbe Vorgang in einer genaueren Beschreibung weit weniger gefährlich für die Allgemeinheit ausnehme. Nehmen wir den „Kannibalen-Fall“ (BGHSt 50, 80). Beschreibt man das Täterverhalten so: „Hemmungslose, grob asoziale Befriedigung des eigenen Sexualtriebs auf Kosten des Lebens einer anderen Person“, dann klingt das sehr gefährlich. Beschreibt man es dagegen so: „Befriedigung kannibalistischer Neigung durch Töten eines anderen, der dazu seine Einwilligung gegeben hat“, dann wäre die Behauptung, das bedrohe die Allgemeinheit in besonderem Maße, nicht nur wenig plausibel, sondern nachgerade abwegig. Wie viele „Kannibalen“ gibt es

<sup>12</sup> Deren Zunahme dürfte weit eher mit der Zahl der Wohnungseinbrüche oder Raubtaten zusammenhängen als mit der der Morde. Und die durch spektakuläre Fälle der jüngeren Vergangenheit möglicherweise zunehmende Furcht, zum Opfer einer tödlichen Attacke in öffentlichen Verkehrsmitteln werden zu können, hat ihren Ursprung nicht in der spezifischen Verwirklichung von Mordmerkmalen bei solchen Taten; diese sind vielmehr meist typische Totschlagsfälle, regelmäßig nach vorherigen verbalen oder physischen Auseinandersetzungen.

wohl, verglichen mit der Zahl von Leuten, die z.B. nach Wortwechseln in der Kneipe, auf dem Fußballplatz oder in der U-Bahn jähzornig, aggressiv und zu potentiellen Totschlägern werden? Und welches Phänomen erscheint sozialgefährlicher? Und wie viele Leute könnten sich vorstellen, ihre Einwilligung zu einer kannibalistisch motivierten Tötung zu geben? Und wie viele von denen, die es tatsächlich könnten, würden dann ausgerechnet das, wozu sie ihre Einwilligung gäben, besonders fürchten?

Der Zusammenhang zwischen Mordverdikt und gewählter Beschreibung der Tatvorgänge zeigt sich auch in der höchst-richterlichen Judikatur. Das gilt vor allem für Fälle, die der Motivgeneralklausel subsumiert werden. Konkreten Schilderungen besonders verstörender Gewaltakte bei solchen Tötungen folgen regelmäßig (und in nachfolgenden Entscheidungen stets gleichförmig zitiert) abstrakt resümierende Formeln wie etwa: „Der Täter missachtet [...] vollständig den personalen Eigenwert seines Opfers und spielt sich aus reiner Willkür zum Herrn über Leben und Tod auf, was als sittlich besonders verwerflich und somit als. niedriger Beweggrund zu qualifizieren“ sei bzw. „die totale Missachtung des Anspruchs jedes Menschen auf Anerkennung seines personalen Eigenwerts“ belege.<sup>13</sup> Solche Kennzeichnungen werden durch die vorherige Darstellung des jeweiligen Tathergangs zumeist recht eindrücklich beglaubigt – aber regelmäßig wegen dessen Scheußlichkeit, seiner Verwerflichkeit, und nicht deshalb, weil die konkret beschriebene Tat für die Mehrzahl der Bürger auch nur den entfernten Anlass irgendeiner plausiblen Befürchtung hergäbe, etwas Ähnliches könnte auch ihnen passieren.<sup>14</sup> Nimmt man es jenseits von Suggestion und Intuition nicht allzu genau, dann lässt sich in solchen Fällen das Gefährlichkeits-Prädikat noch halbwegs verständlich mit den abstrakt resümierenden Totalverdikten (etwa den oben zitierten) verbinden, nicht dagegen mit den genauer beschriebenen Verläufen der konkreten Einzelaten.

Was wäre dann aber die angemessene Abstraktionshöhe der Beschreibung? Man mag versucht sein, das mit einem Verweis auf das Gesetz beantworten: So abstrakt-generell wie in den Tatbestandmerkmalen des § 211 StGB umschrieben sei der Typus der fraglichen Tat darzustellen, um seine generelle Gefährlichkeit zu erfassen. Doch das ist in zweierlei Hinsicht nicht überzeugend. Erstens läuft man Gefahr, die Begründung zirkulär bzw. apodiktisch, also nichtssagend zu machen. Wer sagt, Tötungen aus Mordlust, Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (etc.) seien besonders gefährlich und deshalb als Mordtaten zu bestrafen, wiederholt nur, was er begründen müsste. Und wer angesichts der Untauglichkeit des Kriminalitätsfurcht-Arguments (s.o.) behauptet, die besondere Gefährlichkeit solcher Taten sei evident,

<sup>13</sup> Das erste Zitat BGH NStZ 2002, 85 (86) m.w.N.; das zweite *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 86, der allerdings die Verwendung der leeren Floskel „Herr über Leben und Tod“ seitens des BGH zutreffend kritisiert (Rn. 71).

<sup>14</sup> In der Mehrzahl der Fälle sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorgänge, die schließlich zur Tötung führen, Elemente von Szenarien, in denen sich nur wenige Bürger jemals selbst fänden.

ersetzt die Begründung durch das bloße Unterstreichen der Behauptung, die dadurch freilich nicht plausibler wird.<sup>15</sup>

Und zweitens ist es grundsätzlich verfehlt, die Beschreibung des Tattypus, dessen negativen Einfluss auf die Kriminalitätsfurcht der Allgemeinheit man dartun will, in Begriffe zu fassen, deren Sinn der durchschnittliche Bürger ohne Juristenausbildung nicht verstehen kann und die ihm im Übrigen in der medialen Darstellung des jeweiligen Verbrechensgeschehens ebenfalls kaum je begegnen. Dass sich die furchterzeugende Wirkung einer Beschreibung auf deren Adressaten nur dann schlüssig behaupten lässt, wenn man eine Form dieser Beschreibung unterstellt, die der Adressat verstehen kann, ist offensichtlich. Also werden es wohl vor allem die in den Medien generierten Formen sein (für die keine Maßgaben existieren), wovon der mehr oder weniger furchterzeugende Eindruck abhängt, den die dargestellten Ereignisse im kollektiven Bewusstsein hinterlassen mögen. Für die Begründung einer Höchststrafwürdigkeit begangener Tötungen gewiss eine sehr fragile Unterlage, selbst wenn die Diagnose stimmen sollte, durch solche Darstellungen breite sich die allgemeine Furcht gerade vor Tötungen aus.

#### *bb) Sozialgefährlichkeit und Schuld*

Das zweite Problem ist dies: Versteht man, wie es in der Leitbild-Debatte geschieht, „Sozialgefährlichkeit“ als negative Wirkung einer Tat bzw. deren Typus über „sich selbst“, nämlich über ihre dem Täter zurechenbaren Folgen hinaus, dann verliert sie ihren Zusammenhang mit dem Schuldbegriff des Strafrechts. Die Schuld ist aber die Grundlage für die Zumessung der Strafe (§ 46 StGB). Die Mordmerkmale des § 211 StGB haben keinen anderen Sinn als für die dort angeordnete Höchststrafe die legitimierende Grundlage zu liefern. Also müssen sie die Kriterien der entsprechenden „Höchstschild“ darstellen. Der etwas unfruchtbare Streit darüber, ob sie das per Steigerung des subjektiven Unrechts oder ausschließlich als schuldsteigernde Merkmale tun, ist hierfür ohne Belang.<sup>16</sup> Die kollektive öffentliche Reaktion eines

<sup>15</sup> In welchem Sinn es gefährlicher sein oder kollektiv so erscheinen sollte, jemanden zu töten, weil man dessen Geld will oder um sich für einen im beruflichen Konkurrenzkampf erlittenen Nachteil zu rächen (Mord), als den unbewaffneten Kneipengast zu erstechen, mit dem man in eine Kontroverse über Politik geraten ist, oder gar ein zehnjähriges Kind auf dem Spielplatz tödlich zu attackieren, weil es mit dem eigenen Kind in Streit geraten ist (Totschlag), ist schwer zu sehen.

<sup>16</sup> Die Antwort auf die umstrittene Frage, ob die Merkmale der 1. und der 3. Gruppe in § 211 StGB subjektive Unrechts- oder reine Schuldmerkmale sind, ist keinem Beweis zugänglich. Sie hängt von handlungstheoretischen Hintergrundannahmen ab, für oder gegen die man sich zuletzt entscheiden muss. Eine verbindliche Richtigkeit dieser Annahmen gibt es nicht, weil sie in hohem Maße auf theoretischen Axiomen beruhen. Eher intentionalistische (oder teleologische) Deutungen, die den subjektiv handlungsregulierenden Anteil als etwas begreifen, das a priori dem Handlungsbegriff selbst zugehört, begünstigen die Auffassung der Mordmerkmale als

erhöhten Unsicherheitsgefühls gehört aber ausweislich des § 46 Abs. 2 StGB und unbeschadet ihrer empirischen Unwahrscheinlichkeit nicht zu den rechtlichen Maßgaben für die Bestimmung der Tatschuld. Das Argument hat ersichtlich eine gewisse Nähe zu dem oben formulierten Gedanken, dass der Täter für Dispositionen Dritter, sich an seiner Tat ein Beispiel zu nehmen, nicht einzustehen hat. Auch Dispositionen Dritter, ihr Sicherheitsgefühl irritieren zu lassen, sind nicht Teil seiner Tatschuld, so wenig, wie es andere Irritationen wären, die seine Tat auslösen mag, z.B. solche rechtspolitischer, weltanschaulicher, kulturpessimistischer oder gar ästhetischer Provenienz, etwa der Ekel eines medial instruierten Publikums bei kannibalistischen Tötungen. Moralisch mögen sie ihm alle vorwerfbar sein. Aber das steht auf einem anderen Blatt als dem der Kriterien für die Höchststrafwürdigkeit von Taten und die Legitimation lebenslanger Freiheitsstrafen.

Ein letzter Aspekt: „Gefährlich“ ist regelmäßig ein zweistelliges Prädikat: etwas ist gefährlich für etwas anderes. Was ist hier dieses andere? Wofür genau muss die Tat bzw. ihr abstrakter Typus gefährlich sein? Man möchte meinen, für das in § 211 StGB geschützte Rechtsgut des Lebens. Entsprechend nennt der AE-Leben im Entwurf seines Gesetzesvorschlages auch „die Lebenssicherheit der Allgemeinheit“.<sup>17</sup> Aber deren Bedrohung lässt sich nach allem oben Dargelegten nicht plausibel machen. Und in ihrer Begründung halten die Entwurfsverfasser an diesem Ziel der bedrohlichen Wirkung auch nicht fest. Nun ist die Rede von der „Zunahme der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung“, die zu besorgen sei und die es durch die Androhung der Höchststrafe zu verhindern gelte. Nicht die tatsächliche Lebenssicherheit, sondern das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit soll demnach als besonderes (zusätzliches) Schutzgut des § 211 StGB dessen Rechtsfolge legitimieren. Die Tragfähigkeit dieser Legitimation wird man bezweifeln dürfen. Und umso mehr deshalb, weil das allenfalls vorfindliche Unsicherheitsgefühl sich nicht deckt mit dem, was an wirklicher sozialer Bedrohung gerade auf das vom Täter schuldhaft verwirklichte Unrecht realisti-scher- und legitimerweise zurückgeführt werden könnte.

### c) Abschreckungsprävention?

Nun mag man sagen: Eine tatsächliche Sozialgefahr könnte, ja müsste entstehen, wenn für Mordtaten keine hinreichend gravierende Strafe angedroht würde; und hinreichend sei eben nur die absolute Strafandrohung des § 211 StGB. Aber das ist nicht die im Streit um die Leitprinzipien des Mordtatbestands gemeinte Gefährlichkeit, sondern nichts anderes als das Ziel des klassischen Postulats der negativen Generalprävention Feuerbachscher Provenienz. Bevor man jedoch ein

Unrechtsmerkmale. Eher kausalistische Modelle können dagegen die subjektiven Elemente des Handelns von dessen Begriff analytisch ablösen; diese mag man dann einer anderen Kategorie zuweisen, etwa der einer persönlichen Verantwortlichkeit. Auch in der philosophischen Handlungstheorie, die erheblich differenzierter entwickelt ist als die strafrechtliche, sind diese Grundfragen umstritten.

<sup>17</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (200).

erhöhtes Abschreckungsbedürfnis für bestimmte Taten behaupten kann, muss man gezeigt haben, dass diese besonders gefährlich sind; nicht dagegen kann man umgekehrt die besondere Gefährlichkeit darauf stützen, dass es ein besonderes Abschreckungsbedürfnis gebe. Der Verweis auf eine angebliche Notwendigkeit der besonderen Abschreckung trägt daher zur Klärung der Frage nach den richtigen Leitprinzipien nichts bei. Vielmehr setzt er diese Klärung voraus.<sup>18</sup> Die altehrwürdigen Kontroversen über die Feuerbachsche Generalprävention bedürfen deshalb keiner weiteren Erörterung. Denn um sie geht es hier nicht. Gewiss mag den Absichtsmerkmalen der dritten Merkmalsgruppe eine negativ-generalpräventive Überlegung à la Feuerbach zugrunde liegen: die Annahme des Gesetzgebers, den dort vorausgesetzten Hintergründen der Handlungssituation wohne typischerweise die Gefahr inne, einen besonderen Anreiz zur Tötung auf potentielle Täter auszuüben. Aber auch diese Gefährlichkeit (der tatanreizenden Situation, nicht des Täters oder seines konkreten Tötungshandelns!) ist etwas ganz anderes als die in der Leitprinzip-Debatte bemühte „Sozialgefährlichkeit“ (des Täters bzw. seiner Tat).

### 3. Ergebnis: Unhaltbarkeit des Leitprinzips „Gefährlichkeit“

Oft wird behauptet, das Leitprinzip der Sozialgefährlichkeit habe gegenüber dem „moralisierenden“ der Verwerflichkeit den Vorzug höherer Rationalität oder Wissenschaftlichkeit.<sup>19</sup> Aber das ist nicht richtig. Im Gegenteil erweist sich ein generelles Leitprinzip „Gefährlichkeit“ für den Mordtatbestand bei genauerem Hinsehen als unplausibel, scheinrational und irreführend. Die dafür bemühten Argumente gründen regelmäßig in Mehrdeutigkeiten ihrer zentralen Begriffe, die ungeklärt bleiben. Analysiert man sie genauer und filtert die unbrauchbaren Bedeutungen aus, so erweisen sich die Argumente als inkohärent oder empirisch verfehlt. Und daraus folgt: Eine Deutung der Mordmerkmale als Ausdruck einer besonderen Sozialgefährlichkeit des verwirklichten Unrechts kann den Sprung von der zeitigen zur lebenslangen Strafe nicht legitimieren. Denn sie ist nicht haltbar. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Die im Merkmal „gemeingefährliches Mittel“ ersichtlich vorausgesetzte Gefährlichkeit als Grundlage der Mordqualifikation hat mit dem hier erörterten Leitprinzip „Gefährlichkeit“ nichts zu tun. Bei diesem geht es, wie der AE-Leben treffend formuliert, um eine „über die individuelle Tötung hinausreichende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“, bei der „Gemeingefährlichkeit der Mittel“ einer konkreten Tat dagegen um eine tatsächliche

<sup>18</sup> Zirkelschlüssig ist deshalb die mit dem Leitprinzip „Gefährlichkeit“ regelmäßig verbundene Behauptung, dessen Legitimität ergebe sich auch daraus, dass es allein auf einen „generalpräventiven Bedarf“ ziele (AE-Leben, Heine u.a., GA 2008, 193 [221] m.w.N.). Ein solcher Bedarf setzt aber die besondere Gefährlichkeit voraus; deshalb kann er sie nicht begründen.

<sup>19</sup> Pars pro toto Heine (Fn. 10), S. 171 mit zahlreichen w.N.); zustimmend Schneider (Fn. 1), § 211 Rn. 18 ff.

Beeinträchtigung der Rechtsgüter bestimmter Dritter, nämlich deren Sicherheit.<sup>20</sup>

#### 4. Das Prinzip „Verwerflichkeit“

Die gegen dieses Prinzip oft geäußerten Vorwürfe der Irrationalität und einer Vermischung von, kantianisch gesprochen, Legalität und Moralität<sup>21</sup> beruhen zu erheblichen Teilen auf Missverständnissen und irrigen Annahmen über die Prämissen, die Reichweite und die Legitimation strafrechtlichen Zwangs und seiner gesetzlichen Androhung. Das erste dieser Missverständnisse ist eine Verwechslung des Urteils über die Verwerflichkeit einer Tat mit einem Befund über die „Gesinnung“ des Täters.<sup>22</sup> Konsequenterweise befürchtet man dann eine „Ethisierung“ oder „Moralisierung“ des Strafrechts. „Verwerflich“ ist aber keineswegs nur ein Prädikat für Gesinnungen oder Charaktere von Tätern, sondern auch eine genuine Kategorie zur Beurteilung des Unrechts einer Tat. Je gewichtiger der Angriff auf die Verbotsnorm, der sich in einer Tat manifestiert, desto gewichtiger ist das Unrecht dieser Tat und desto höher das Maß ihrer rechtlichen Verwerflichkeit. Der Zusammenhang ist trivial. Es wäre einigermaßen bizarr zu sagen, ein Mord sei zwar selbstverständlich verwerflicher als eine Beleidigung, aber das lasse sich nur als moralisches, nicht als rechtliches Urteil formulieren, weil der Begriff Verwerflichkeit im Recht keinen legitimen Platz habe.

##### a) Subjektive Merkmale nicht geeignet zur Steigerung der Schuld?

Mehr Gewicht hat ein anderer Einwand: Es könne keine Schuldsteigerungen allein durch spezifische subjektive Zustände eines Täters während seiner Tat geben. Die strafrechtliche Schuld könne und dürfe nur soweit reichen, wie sie dem verwirklichten objektiven Unrecht der Tat entspreche. Zu diesem dürften rein mentale Zustände aber nicht gerechnet werden. Denn das Recht habe, wie seit *Kant* in liberalen Verfassungsstaaten nicht mehr zweifelhaft sei, in einer freiheitsrechtlichen Ordnung allein die Aufgabe der Regulierung des äußeren Verhaltens der Rechtssubjekte in deren Beziehung zu allen anderen. Es maximiere und sichere die gleiche, reziprok garantierte Handlungsfreiheit aller. Nur was hiergegen verstoße, könne im juristischen Sinn Unrecht sein. Rein innere (mentale) Zustände oder Haltungen berührten dieses äußere Rechtsverhältnis jedoch nicht. Sie gehörten somit nicht zum Unrecht, könnten dieses also nicht steigern – und somit auch nicht die Schuld, die nicht über das Unrecht hinaus reichen könne. Dies alles gelte für die subjektiven Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe in § 211 StGB. Sie

<sup>20</sup> Dass dafür nach h.M. die entsprechende Eignung des verwendeten Mittels im besonderen Einzelfall ausreicht und eine konkrete Gefährdung nicht erforderlich ist, ändert daran nichts.

<sup>21</sup> Statt vieler *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 204 ff. (mit zahlreichen w.N.).

<sup>22</sup> Zahlreiche Nachweise für die Verwendung der „Gesinnungs“-Formel bei *Heine* (Fn. 10), S. 191 Fn. 58.

könnten daher nicht als Steigerung der rechtlichen Verwerflichkeit der Tat, die allein im Unrechtsgewicht gründe, verstanden werden und somit auch nicht als qualifizierende Merkmale von Tötungshandlungen. Ein Leitprinzip „gesteigerte Verwerflichkeit“ taue daher nicht für einen legitim konzipierten Mordtatbestand.<sup>23</sup>

##### aa) Der Rechtsbegriff *Kants*

Das wäre selbst dann nicht richtig, wenn *Kants* Rechtslehre tatsächlich in diesem Sinn verstanden werden könnte. Schon das ist freilich, entgegen einem unter Kantianern in der deutschen Strafrechtslehre verbreiteten Irrtum, nicht der Fall.<sup>24</sup> Entscheidend ist dies: Gegenstand der strafrechtlichen Beurteilung sind Handlungen und nicht einfach Körperbewegungen. Handlungen sind aber ohne Berücksichtigung mentaler Zustände, mit denen sie entweder schon begrifflich verbunden sind<sup>25</sup> oder aus denen sie auf eine bestimmte (sei es kausale, sei es kausal-ähnliche) Weise hervorgehen<sup>26</sup>, nicht einmal verstehbar, und zwar auch nicht für den Handelnden selbst, geschweige denn wären sie plausibler Gegenstand zwangsrechtlicher Reaktionen.<sup>27</sup> Selbst missverstehende

<sup>23</sup> Diese Argumentation ausgearbeitet bei *Grünwald* (Fn. 21), S. 204 ff.?

<sup>24</sup> Die Diskussion um *Kants* Rechtsbegriff ist hier nicht von Belang. Betont sei aber, dass die berühmte Wendung *Kants*, „der Begriff des Rechts“ betreffe „nur das äußere [...] Verhältniß einer Person gegen eine andere“ (Metaphysik der Sitten/Rechtslehre, Akademie-Ausgabe, Bd. 6, 1907, S. 230) nicht etwa ein schlichtes Prinzip der Raumverteilung zwischen sich bewegenden Körpern formuliert. Vielmehr setzt die rechtliche Ordnung des „äußeren Verhältnisses“ als eines zwischen handelnden Personen (und nicht zwischen kausal bewegten materiellen Körpern) die Berücksichtigung zahlreicher innerer, v.a. intentionaler Zustände der Akteure notwendig voraus. Das war *Kant* (anders als manchen Kantianern) auch vollständig klar; siehe dazu *von der Pfordten*, Kant-Studien 98 (2007), 431 ff.

<sup>25</sup> So etwa die intentionalistisch-teleologische Handlungstheorie *G.H. v. Wrights*; dazu *Stoutland*, in: Schilpp/Hahn (Hrsg.), The Philosophy of Georg Henrik von Wright, Library of Living Philosophers, Vol 19, 1989, S. 305 (Replik *v. Wright*, in: Schilpp/Hahn [a.a.O.], S. 805); zu den Grundlagen *Kim*, in: Bransen/Cuypers (Hrsg.), Human Action, Deliberation and Causation, 1998, S. 67.

<sup>26</sup> So die einflussreiche kausalistische Handlungstheorie *D. Davidsons*; siehe *Davidson*, in: Davidson (Hrsg.), Essays on Actions and Events, 1980, S. 3; siehe auch *ders.*, in: Davidson (a.a.O.), S. 83.

<sup>27</sup> Jeder kennt Situationen, in denen einem die Intention hinter dem gerade stattfindenden eigenen Tun aus dem Gedächtnis gerutscht ist, man nicht mehr weiß, was man eigentlich gerade zu tun im Begriffe war, und daher das Tun, das man nicht (mehr) versteht, ggf. abbricht. Man steht vom Schreibtisch auf, betritt die Treppe ins Untergeschoss – und bleibt plötzlich stehen und fragt sich: „Was wollte ich eigentlich? Zum Kühlschrank gehen? Die Post holen? Die Heizung abstellen?“ (etc.). Fällt es einem nicht mehr ein, kehrt man wohl

Kantianer müssen das Unrecht vorsätzlichen Handelns anders bewerten als das des fahrlässigen, wiewohl die äußeren Abläufe der jeweiligen Tatbestandsverwirklichungen identisch sein mögen. Auch müssen sie das Ansetzen zum Deliktsversuch anders (nämlich als Unrecht) beurteilen als das Ansetzen zu einer Scherzhandlung, die im äußeren Vorgang mit jenem vollkommen gleich sein mag, sich von ihm also nur in der zugrundeliegenden Intention unterscheidet. Schließlich müssen sie wohl auch zugeben, dass das Unrecht des Betrugs etwas anderes ist als das Unrecht der listigen Veranlassung eines anderen zur Selbstschädigung seines Vermögens, wiewohl die Differenz allein in der mit dem Betrug verbundenen Absicht besteht, nämlich der einer Selbst- oder Drittbereicherung.

Die Reihe der Beispiele ließe sich erheblich verlängern – bis in die Tatbestandsmerkmale des Mordes hinein. Nicht nur die Frage, ob überhaupt Unrecht vorliegt, kann die Rechtsordnung von rein subjektiven (mentalen) Unterschieden abhängig machen, sondern auch und erst recht die Frage, ob einer Handlung, die jedenfalls Unrecht ist, aufgrund innerer Zustände des Handelnden ein qualifiziertes Gewicht zugeschrieben werden soll. Und sie wäre katastrophal schlecht beraten, wollte sie auf solche rein subjektiv begründeten Differenzen im Unrechtsgewicht rechtswidriger Handlungen verzichten. Das entspricht im Übrigen einer in der Strafrechtslehre geläufigen Unterscheidung. Bloße Intentionen oder Motive, und wären sie noch so bösartig, können kein Unrecht begründen, wenn die Handlung, zu deren subjektiver Innenseite sie gehören, auch mit diesen Intentionen kein Verletzungsunrecht ist. Ist sie das aber auch ohne diese Intentionen, so kann, ja muss deren subjektive Präsenz im Bewusstsein des Handelnden selbstverständlich zur genauen Bestimmung des Gewichts seines Unrechts herangezogen werden. Erneut: Die Strafrechtsordnung, die darauf verzichten wollte, könnte (sich) schon aus begrifflichen Gründen bestimmte Handlungen als solche nicht einmal verständlich machen, geschweige denn das mit ihnen verbundene Unrechtsgewicht angemessen bestimmen.<sup>28</sup> Dass sie eben deshalb nicht darauf verzichtet, hat nichts mit „Gesinnungsstrafrecht“ zu tun. Es entspricht dem Vernunftprinzip eines Strafrechts, das Handlungen, nicht Körperbewegungen beurteilt.

---

um; das Treppensteigen ist kein sinnvolles Handeln mehr, nur noch eine sinnleere Körperbewegung. War und ist die Intention freilich, jemanden im Untergeschoß umzubringen, so interessiert sich das Strafrecht, dem die Körperbewegung des Treppensteigens egal ist, sofort für exakt denselben äußeren Vorgang.

<sup>28</sup> Noch einmal: Es ist nicht nur ein Unrechtsunterschied (und schon gar nicht nur ein „Gesinnungsunterschied“), sondern auch und bereits ein Unterschied der Tathandlungen selbst, ob man durch ein und dieselbe Körperbewegung eine fremde Sache mit Zueignungs- oder mit Sachentziehungsabsicht wegnimmt, oder ob man durch ein und dieselbe Täuschung einen anderen mit Bereicherungs- oder mit bloßer Schädigungsabsicht listig zur Verringerung seines Vermögens bewegt.

#### *bb) Merkmale subjektiven Unrechts*

Das ist der Hintergrund für die Anerkennung subjektiver Unrechtsmerkmale, wie sie sich in der Strafrechtsdoktrin längst durchgesetzt hat. Versteht man die Mordmerkmale der 1. und der 3. Gruppe des § 211 StGB so und damit als unrechtershöhend, dann erhöhen sie auch und eben deshalb die Schuld und legitimieren so die schärfere Bestrafung. Der Zusammenhang ist einfach und gegen den Verdacht seiner prinzipiellen Illegitimität gänzlich immun: Die subjektiven Mordmerkmale jedenfalls der 1. Gruppe<sup>29</sup> kennzeichnen eine besondere Verwerflichkeit von Motiven und Intentionen und damit zugleich eine besondere Verwerflichkeit des verwirklichten Handlungsunrechts sowie eine eben darauf beruhende Steigerung der Schuld.

Ob jedes einzelne dieser Merkmale begründbar ist oder aber aus anderen Gründen als dem eines angeblichen Gesinnungsstrafrechts illegitim erscheint, ist damit freilich nicht entschieden. Darauf komme ich zurück. Aber soweit sie sich überhaupt rechtfertigen lassen, sind sie nur verstehbar als Konkretisierungen eines Leitprinzips der besonderen Verwerflichkeit – der Tat, nicht der Gesinnung des Täters.

## **II. Die Motivgeneralklausel der „sonst niedrigen Beweggründe“**

Hier gibt es bekanntlich zahlreiche ungelöste Probleme. Aber es sind nicht nur die vieldiskutierten der konkreten Anwendung des Merkmals, sondern auch bestimmte Grundsatzprobleme, die weniger offensichtlich sind, selten erörtert werden und in gewissen Hinsichten überhaupt nicht. Manche davon berühren die Frage der Legitimität dieses Merkmals.

### *1. Begriffliches*

Ich beginne mit einigen begrifflichen Klärungen. Für die Auslegung des Mordtatbestands sind sie, wie sich zeigen wird, von erheblich größerer Bedeutung, als ihnen die Strafrechtslehre üblicherweise zugesteht. Die beiden Merkmale der 3. Gruppe des § 211 StGB bezeichnen in gängiger Diktion „Absichten“, die der 1. Gruppe dagegen „Beweggründe“ oder „Motive“. Sind das Synonyme für einen und denselben Typus mentaler Zustände? Der Alltagssprachgebrauch unterscheidet nicht, jedenfalls nicht konsistent, zwischen Grund, Beweggrund, Absicht, Zweck und Motiv einer Handlung (und einigen weiteren, etwa „Triebfeder“ oder „Antrieb“). Vielleicht deshalb verneinen nicht wenige Strafrechtler schon die begriffliche Unterscheidbarkeit von „Absicht“ und „Motiv“ oder doch den Sinn einer solchen Differenzierung im Strafrecht.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Bei den Merkmalen der 3. Gruppe tritt die oben, Fn. 18, erwähnte Präventionsaufgabe hinzu und in den Vordergrund, die aber mit der „Sozialgefährlichkeits“-Behauptung der Leitprinzip-Debatte nichts zu tun hat.

<sup>30</sup> Etwa *Bearbeiter*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 45; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 143 („kaum noch auseinanderzuhalten“); *Heine* (Fn. 10), S. 148, 158; zustimmend *Grünwald* (Fn. 21), S. 93 f.

Das ist aber nicht richtig. Absichten und Motive sind nicht dasselbe. In einem ersten orientierenden Hinweis zeigt das die auch im Strafrecht geläufige Unterscheidung der jeweils paradigmatischen Formen durchaus klar und plausibel: Motiv sei das „Agens“ des handlungsauslösenden Willens (bildhaft: ein „Schub“), Absicht die „Antizipation dessen, was meine Handlung bewirken soll“ (bildhaft: ein „Sog“).<sup>31</sup> Verwirrung stiftet vermutlich der Umstand, dass in vielen unserer Handlungen – und in der exemplarischen Form rationalen Handelns stets – beide mentalen Zustände zusammen präsent sind und handlungsauslösend bzw. handlungsleitend wirken. Sie weisen in solchen Fällen auch denselben propositionalen Gehalt auf, beziehen sich also auf denselben (vorgestellten) Sachverhalt.<sup>32</sup> Aber das heißt nicht, dass sie „ineinander“ fielen oder „identisch“ wären. Dies festzuhalten ist keine Begriffspedanterie. Denn die Unterscheidung wird gerade für das Strafrecht dann bedeutsam, wenn einer Handlung, die einen objektiven Tatbestand erfüllt, beim besten Willen – und zwar auch dem des Handelnden selbst – keine Absicht zugeschrieben werden kann, sie aber gleichwohl offensichtlich einen subjektiven „Beweggrund“ hatte. Für die Motivgeneralklausel des § 211 StGB spielt diese Unterscheidung eine Rolle, die gewichtiger ist, als üblicherweise wahrgenommen wird. Denn Handlungen, die zwar auf Beweggründen beruhen und sich in diesem Sinn durchaus als „motiviert“ erweisen, mit denen aber keinerlei Absichten verbunden sind, machen die Bestimmung ihrer normativen Qualität, etwa als „niedrig“, oft erheblich schwieriger und zweifelhafter als die exemplarische Grundform vorsätzlichen Handelns, die in ihrem subjektiven Teil beides, Motiv wie Absicht, aufweist und integriert. Darauf komme ich zurück.

#### a) Grundlegende Unterscheidungen

Zunächst empfehlen sich für eine möglichst übersichtliche Ordnung der verworrenen Begriffslandschaft die folgenden Unterscheidungen:

- 1. „Beweggrund“ im Sinn des § 211 StGB ist synonym mit „Motiv“ in dessen enger Bedeutung als unmittelbar handlungsauslösender Antrieb der Tat. Von den Absichten, die damit verbunden sein mögen, sind so verstandene Motive dagegen begrifflich klar unterschieden.

(m.w.N.), die eine „denklogische“ Unterscheidbarkeit einräumt, aber in vielen Fällen ein praktisches „Ineinanderfallen“, eine „Identität“ der Begriffe sieht; *Hilgendorf* (Fn. 1), § 2 Rn. 58 (m.w.N.), konstatiert in diesem Punkt mit Recht ein großes „Durcheinander sowohl in sprachlicher wie in sachlicher Hinsicht“.

<sup>31</sup> So schon *Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S. 61.

<sup>32</sup> Der philosophische Terminus „propositional“ bezieht sich im Wesentlichen auf den simplen Umstand, dass man Dasselbe in verschiedenen sprachlichen Formen (unterschiedlicher Sprachen oder unterschiedlicher Begriffe derselben Sprache) ausdrücken kann. Dieses „Selbe“, der identische Gehalt des jeweils Ausgesagten, ist die „Proposition“ der Aussagen.

- 2. Absichten sind für sich genommen überhaupt keine direkten „Handlungsauslöser“. Man kann viele Absichten haben, die unverwirklicht bleiben. Auch können mit einer Handlung Absichten verbunden sein, die mit deren Motiv nichts zu tun haben, also zur Erklärung dieser Handlung nichts beitragen.<sup>33</sup>
- 3. Werden Absichten allerdings gezielt mittels einer Handlung verfolgt, so macht sie der Handelnde auch zu seinem Motiv. Von diesem Motiv absorbiert wirken sie dann indirekt handlungsauslösend.<sup>34</sup>
- 4. Daneben kann der Handelnde (und wird dies regelmäßig) mit seinem Handeln außer dem handlungsauslösenden noch weitere Motive verbinden, die man „Fernmotive“ nennen kann. Beispiel: As Absicht, dem B dessen Geld abzunehmen, motiviert ihn, den B niederzuschlagen; was ihn dabei außerdem motiviert, ist die Vorstellung, sein Leben werde mit dem erbeuteten Geld angenehmer werden.<sup>35</sup>
- 5. Von Motiven, Beweggründen und Absichten unterscheiden sollte man die unmittelbar bewegungsauslösende Intention, also den Antrieb zum Vollzug desjenigen Körperverhaltens, das die gewollte (motivierte) Handlung als deren physiologisches Substrat verwirklichen soll. Dieser Antrieb gehört zum Begriff des Handelns selbst (im Unterschied zur bloßen Körperbewegung, die einem widerfährt, wie Niesen, Stolpern oder auch Atmen).
- 6. In gewissem Sinn quer zu (oder über) diesen Begriffen liegt der abstraktere des Grundes für eine Handlung. Umgangssprachlich wird er zur Bezeichnung sämtlicher der vorgenannten mentalen Zustände verwendet; und wenn man sich bewusst hält, welchen der konkreteren Begriffe man jeweils meint, spricht auch nichts gegen diese Wortwahl. Aber „Gründe“ zu handeln können darüber hinaus mehr und anderes bezeichnen als lediglich subjektive

<sup>33</sup> Beispiel: 1. Ich beabsichtige, an einer Tagung in Passau teilzunehmen. 2. Mir ist klar, dass ich daran nur teilnehmen kann, wenn ich nach Passau fahre. 3. Deshalb mache ich mich auf, nach Passau zu fahren. – Hier habe ich meine Absicht ersichtlich zu meinem Motiv des Losfahrens gemacht. Nun erwäge man: 4. Ich beabsichtige, während der Tagung im Hotel „Weißer Schwan“ in Passau zu wohnen. 5. Mir ist klar, dass ich im Hotel „Weißer Schwan“ nur wohnen kann, wenn ich nach Passau fahre. 6. Deshalb mache ich mich auf, nach Passau zu fahren. – Ersichtlich ist 6. falsch, wiewohl seine Prämissen richtig sind und der Schlussmodus dem von 1.-3. exakt entspricht. Aber Motiv, „Beweggrund“, meines Fahrens nach Passau ist es nicht, im Hotel „Weißer Schwan“ zu wohnen, obwohl ich mit dem Entschluss, nach Passau zu fahren, die Absicht verbinde, im Hotel „Weißer Schwan“ zu wohnen. – Das Beispiel nach *Kim*, *Philosophia Naturalis* 21 (1984), 309 (313 f.).

<sup>34</sup> *Davidson* (Fn. 26), S. 4, nennt Motive, die im dargelegten Sinn aus Absichten (Zielen, Zwecken) erwachsen, „primary reasons“.

<sup>35</sup> Auch weitere („Fern“-)Absichten können natürlich mit dem Handeln verbunden sein, z.B. die, sich anschließend von dem geraubten Geld ein Auto zu kaufen.

(mentale) Zustände des Handelnden.<sup>36</sup> Sie können z.B. als rein objektive „gute“ Gründe präsenste Stimuli für ein bestimmtes Handeln sein, das aber dennoch unverwirklicht bleibt. („A hatte nach dem vierten Bier gute Gründe, sein Auto stehen zu lassen; trotzdem ist er losgefahren.“) Solche Gründe werden in der philosophischen Handlungstheorie oft „normative“ genannt und von den „motivationalen“ unterschieden. Werden sie vom Akteur angenommen und verinnerlicht, so können sie freilich zu „motivationalen“ werden und damit sämtliche der von den obigen Begriffen bezeichneten subjektiven Zustände – Motiv, Absicht, Handlungsintention – auslösen.<sup>37</sup>

Diese begrifflichen Unterscheidungen sollten nicht als etwas verstanden werden, das von der Ontologie (oder den diversen Ontologien) unseres wissenschaftlichen Weltbildes erzwungen würde. Sie sind kein Gegenstand der Entdeckung durch empirische Forschungen, sondern Produkt einer begrifflichen Rekonstruktion bestimmter Phänomene, die empirisch weitgehend offensichtlich sind. Und sie könnten grundsätzlich auch anders konstruiert werden; auch sind ihre Semantiken in verschiedenen Sprachen nicht vollständig deckungsgleich. Andererseits müssen sie selbstverständlich ein plausibles und kohärentes Beschreibungssystem bilden, das zu den empirischen Befunden der zuständigen Wissenschaften passt, sie auf bestimmte Weise erklärbar macht, Forschungen darüber anzuleiten vermag und an deren Ergebnissen schließlich selbst empirisch prüfbar wird.<sup>38</sup>

#### b) Zwei Typen menschlichen Handelns

Damit sind zugleich, wenn auch nur vorläufig und etwas apodiktisch, zwei Grundformen menschlichen Handelns unterschieden. Handlungen der ersten Form werden sowohl aus einem Motiv (Beweggrund) als auch mit einer korrespondierenden Absicht (zu einem Zweck) ausgeführt. Die Inhalte von Motiv und Absicht sind dann propositional identisch; sie beziehen sich auf denselben antizipierten Weltzustand, den die Handlung herbeiführen soll. Selbstverständlich

<sup>36</sup> Die man, je nach metaphysischer Grundorientierung, auch als identisch oder auf irgendeine (noch unverstandene) Weise korreliert mit oder erzeugt von neuronalen Zuständen verstehen mag.

<sup>37</sup> Zur Unterscheidung „normativer“ und „motivationaler“ Gründe *Lenman*, in: Zalta (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009, *Reasons for Action, Justification vs. Explanation*, online abrufbar unter:

<http://plato.stanford.edu/entries/reasons-just-vs-expl/>

(25.8.2015); *Everson*, in: O'Connor/Sandis (Hrsg.), *A Companion to the Philosophy of Action*, 2013, S. 145; ebenfalls gebräuchlich ist die Unterscheidung zwischen „external“ und „internal reasons“; dazu *Finlay*, in: Zalta (Hrsg.), a.a.O., *Reasons for Action, Internal vs. External*, online abrufbar unter:

<http://plato.stanford.edu/entries/reasons-internal-external/>

(25.8.2015).

<sup>38</sup> „Zuständig“ im angedeuteten Sinn sind v.a. die Psychologie und (zunehmend) die Neurowissenschaften.

können mit ihnen weitere Motive und Absichten fernerer, sekundärer oder beiläufiger Art verbunden sein, die zum unmittelbaren (primären) Verständnis der Handlung aber nicht erforderlich sind und nichts beitragen.

#### aa) Primärform rationalen Handelns

Das ist die paradigmatische Form „vernünftigen“ Handelns: eines Handelns, das vollständig (oder doch hinreichend) erklärt und verstanden werden kann, und zwar sowohl von Dritten als auch vom Handelnden selbst. An und in diesen Handlungen erfahren wir uns als „rationale Akteure“: als solche, die „aus Gründen“ handeln. In diesen Gründen sind verfolgte Absichten und handlungsauslösende Motive (Beweggründe) integriert und sachlich zur Deckung gebracht. Fänden wir uns dagegen nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig in Situationen, in denen wir zwar noch einen „Antrieb“ (ein Motiv) für die soeben stattfindende Körperbewegung fühlten, uns aber die Absicht, das Ziel und damit der Sinn der Handlung entfallen wäre, so würden wir wohl irritiert beginnen, einen Verlust an Handlungsfähigkeit, an Kompetenz als rationaler Akteur oder gar an geistiger Gesundheit zu befürchten.<sup>39</sup>

#### bb) „Expressive actions“

Die zweite Form von Handlungen umfasst dagegen solche, mit denen a limine keine Absichten, Ziele oder Zwecke verbunden sind, die aber gleichwohl aus Motiven (Beweggründen) geschehen. Da sie von Anfang an keine Ziele verfolgen, sollten sie nicht – wie die soeben erwähnten, in denen der Handelnde sein Ziel gleichsam verloren hat – als manifeste Defektformen des Handelns begriffen werden. Gleichwohl gehören sie nicht zum oben beschriebenen Typus paradigmatischer rationaler Handlungen, die aus Absicht und Motiv des Akteurs vollständig rationalisierbar (erklärbar) sind.

Solche Handlungen spielen im Rahmen des Mordmerkmals „niedrige Beweggründe“ vermutlich eine größere Rolle, als bislang wahrgenommen wird. Hält man Motive und Absichten begrifflich nicht auseinander, so läuft man Gefahr, diesen Handlungstypus im Ganzen zu übersehen oder unangemessen zu beurteilen. Das gilt umso mehr, wenn man außerdem eine in der Strafrechtslehre meist stillschweigend vorausgesetzte Auffassung teilt, wonach es „motivloses Handeln [...] zumindest im Bereich bewussten oder vorsätzlichen Verhaltens“ überhaupt nicht gebe.<sup>40</sup> Ob das richtig ist, mag

<sup>39</sup> Siehe das veranschaulichende Beispiel oben in Fn. 27. Solche Erfahrungen als regelmäßige wären klinische Zeichen einer mentalen Erkrankung.

<sup>40</sup> So *Grünwald* (Fn. 21), S. 104, unter Berufung auf die „Seinswissenschaften“ in denen dies „unumstritten“ sei; zustimmend *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 8.2.2015, § 211 Rn. 32; ähnlich *Stuckenberger*, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, S. 271 f. Das ist aber keine empirische Frage der „Seinswissenschaften“, sondern eine philosophisch-begriffliche der angemessenen Konzeptualisierung.

zweifelhaft sein.<sup>41</sup> Was es in diesem Bereich jedoch ganz gewiss gibt, sind absichtslose Handlungen: solche, die bewusst (intentional) vollzogen werden und denen dennoch keinerlei Absicht zugrunde liegt. Sie verfolgen keinen Zweck und kein Ziel jenseits ihrer selbst, aber auch als selbstzweckhaft, als Verwirklichung eines Zwecks, der in ihrem eigenen Vollzug bestünde, können sie nicht aufgefasst werden.

In der philosophischen Handlungstheorie firmieren solche Handlungen als „expressive“ oder „arational actions“.<sup>42</sup> Beispiele gibt es unzählige. A springt vor dem Fernseher auf, als sein Fußballverein im gerade laufenden Spiel ein Tor schießt; B tritt wütend gegen das Tischbein, nachdem er seinen Steuerbescheid gelesen hat; C wirft eine Kusshand in Richtung eines Fotos ihres Freundes, das auf ihrem Schreibtisch steht; D spuckt auf eine Zeitungsseite, die das Bild eines von ihm gehassten Politikers zeigt; E erinnert sich an eine für ihn beschämende Situation, hebt die Hände vors Gesicht und schüttelt den Kopf – etc. Von keiner dieser Handlungen kann man sinnvoll sagen, ihr liege irgendeine Absicht zugrunde.<sup>43</sup> Gleichwohl steht ihr Charakter als intentionales Handeln außer Zweifel: Sie sind ihren Akteuren bewusst, werden von diesen durchaus willentlich ausgelöst und in ihrem Vollzug gesteuert. Auch haben sie alle bestimmte „Beweggründe“, handlungsauslösende innere Antriebe. Freilich wohnt diesen Antrieben keinerlei teleologisches Element inne: kein Ziel, kein Zweck, keine Absicht, kein über sie selbst hinausweisender Sinn. Ihr Ursprung sind Emotionen – in den obigen Beispielen Begeisterung, Wut, Liebe, Hass und Scham.<sup>44</sup> Emotionen sind begrifflich und empirisch in gewissem Sinn autark. Ihr Entstehen wie ihr schieres Vorhandensein ist weder von Absichten noch von Beweggründen zu irgendeinem Handeln abhängig; de facto werden sie freilich oft zur Quelle für beides. Doch muss das nicht so sein, wie die oben ange deuteten Beispiele sinnfällig machen. Emotional motivierte Handlungen, die in diesem Sinne gänzlich absichtslos sind, mögen dann „rein expressiv“ heißen.

<sup>41</sup> Das hängt auch und vor allem von der Bedeutung ab, die man dem Wort „Motiv“ beilegt; siehe dazu die oben unter 2., 4. und 5. gemachten Vorschläge.

<sup>42</sup> Nicht „irrational actions“! Siehe *Hursthouse*, *Journal of Philosophy* 88 (1991), 57; *Döring*, *Philosophical Quarterly* 53 (2003), 214; *Betzler*, *Inquiry* 52 (2009), 272; verwandte rechtstheoretische Überlegungen bei *Anderson/Pildes*, *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000), 1503; *Strudler*, *Maryland Law Review* 60 (2001), 492.

<sup>43</sup> Zur Vermeidung ablenkender Ausflüchte: Alle obigen Akteure sollen gänzlich unbeobachtet sein und das auch wissen; ihre Handlungen haben also auch keinerlei kommunikativen Zweck oder Sinn.

<sup>44</sup> Nicht einfach „Gefühle“! Gefühle sind (z.B.) auch Schmerz oder Juckreiz oder sexuelle Erregung; Emotionen sind sie nicht. Emotionen weisen über das affektive (Gefühls-)Element hinaus weitere, teils höchst komplexe Eigenschaften kognitiver und motivationaler Art auf.

## 2. Die fehlerhafte Gleichsetzung von Motiv und Absicht

Setzt man wie manche Strafrechtler Motive mit Absichten gleich, so steht man vor der Alternative, entweder einräumen zu müssen, dass die emotionalen „Auslöser“ expressiver Handlungen keine Motive sind (wenngleich vielleicht trotzdem „Beweggründe“), oder aber in solche Handlungen irgendwelche Absichten hineinzudeuten, die dort begriffswidrig und deplatziert erscheinen. Beide Optionen sind wenig attraktiv.

Als Ausweg mag sich eine Konzeption anbieten, die auch im Rahmen des Mordmerkmals „niedrige Beweggründe“ eine Rolle spielt. Der BGH hat mehrfach Tötungen als Mord aus niedrigen Beweggründen beurteilt, bei denen der Täter „bewusst frustrationsbedingte Aggressionen“ an einem Opfer „abreagiert“ hat, das mit dem Ursprung der Verärgerung nichts zu tun hatte.<sup>45</sup> Manche sprechen hier auch von „Triebabfuhr“ oder „Abfuhr angestauter Aggressionen“.<sup>46</sup> Offenbar werden diese „Abfuhr-“ oder „Abreagierens“-Effekte als Zwecke oder Ziele der Tötungshandlungen aufgefasst und daher als Grundlage der „Niedrigkeit“ ihrer Beweggründe beurteilt.

Aber ist das überzeugend? Handelt der Täter deshalb, weil er das Ziel verfolgt, sich „abzureagieren“? Um eine „Triebabfuhr“ herbeizuführen? Mit einer entsprechenden Absicht? Schon die Begriffe „abreagieren“ und „Abfuhr“, die den Vorgang intuitiv einleuchtend kennzeichnen, machen eine solche Erklärung zweifelhaft. Beide verweisen eher auf Vorgänge, die kausalistisch zu deuten sind, und nicht auf den oben skizzierten Grundtypus rationalen Handelns zu einem bestimmten Zweck und aus einem korrespondierenden Motiv. Man betrachte noch einmal den Fall unseres verärgerten Steuerzahlers B, der nach Lektüre seines Bescheids wütend gegen den Tisch tritt. Auch dieser Tritt ist als „Abreagieren“ oder „Triebabfuhr“ durchaus plausibel beschrieben. Aber handelt B, weil er das Ziel verfolgt, gegen den Tisch zu treten? Ganz gewiss nicht. Eben dieser Tritt realisiert aber die Triebabfuhr. Soll man dann sagen: B handelt mit dem Ziel zwar nicht eines Tritts gegen den Tisch, aber der in diesem Tritt verwirklichten Triebabfuhr? Nein; die Formulierung wäre genauso falsch.<sup>47</sup> Zwar löst B absichtlich die Tretbewegung aus, aber eine weitere Absicht verfolgt er damit nicht. Die „Triebabfuhr“, die er mit seinem Tritt herbeiführt, ist nicht dessen Ziel oder Zweck; sie manifestiert sich in ihm. Der Tritt ist ihr unmittelbarer Ausdruck, nicht das zum Zweck ihrer Realisierung eingesetzte Mittel. Das heißt selbstverständlich nicht, dass ein solcher Tritt mitsamt seinen möglichen Folgen für den Tisch dem Handelnden nicht als vorsätzliche Tat zugerechnet werden könnte. Aber je stärker

<sup>45</sup> BGH NStZ 1981, 100 f.; BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 19; BGHSt 47, 128; zustimmend *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 42; *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 86; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 4 Rn. 18.

<sup>46</sup> *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 87.

<sup>47</sup> Gegen eine solche „hydraulic“ explanantion“ expressiver Handlungen auch *Döring*, in: O'Connor/Sandis (Fn. 37), S. 191 (194).

eine solche Handlung als „rein expressiv“ motiviert erscheint, desto schärfer tritt ein kausalistisches Element an ihrem Vortritt in den Vordergrund und desto blasser werden ihre Konturen als Ausdruck der teleologischen Urheberchaft eines rationalen Akteurs. Eben dies macht die normative Beurteilung ihres motivationalen Ursprungs schwieriger. Je stärker er Züge eines bloßen Kausal-, also eines Naturvorgangs trägt, desto unsicherer wird die Möglichkeit, ihm personale Verdikte wie das der „Niedrigkeit“ zuzuschreiben.

In diesem Sinn dürfte das Modell der absichtslosen „expressive actions“ (wie eines Tritts gegen den Tisch) aufschlussreich sein für ein tieferes Verständnis wesentlicher Aspekte mancher „niedrig“ motivierten Tötungen, die sich als „Triebabfuhr“ präsentieren. Aufschlussreicher jedenfalls als ein Deutungsschema, das sie im Modell einer Absicht-Motiv-Identität und einer Zweck-Mittel-Relation erfasst und damit künstlich und unplausibel rationalisiert. Eben dieses Rationalisierungsschema scheint aber der Judikatur des BGH und den Erläuterungen in der Literatur zugrunde zu liegen. Der Unterschied ist, wie angedeutet, normativ erheblich. Als „niedrig“ lässt sich ein handlungsauslösendes Motiv umso eher kennzeichnen, je eindeutiger man es als Pendant einer entsprechend böartigen Absicht des Täters verstehen kann; und umgekehrt umso weniger, je zwingender es sich als „alleinstehender“ Beweggrund präsentiert, mit dem keinerlei Absicht verbunden ist.

Selbstverständlich sind nicht alle Tötungen aus „Triebabfuhr“ absichtslose Handlungen. Auch eine Aktion des Sich-Abreagierens kann Ergebnis einer hinreichend klaren Überlegung sein, die sie als Verwirklichung einer „niedrigen“ Absicht erscheinen lässt. Das Modell der expressiven Handlung schärft aber den Blick für die Möglichkeit von Mischformen unter den typischen Beweggründen für Tötungsdelikte. In größerer Zahl und in höherem Maß als bislang von der Judikatur wahrgenommen oder zugestanden dürften bei solchen Tötungen rein expressive Anteile am Tätermotiv eine gewichtige Rolle spielen.

### 3. „Psychologisierung“ der Motivgeneralklausel?

Und damit erhält man einen Schlüssel zur Analyse der tiefen Gründe, die hinter der behaupteten und oft beklagten „Psychologisierung der Motivgeneralklausel“ durch den BGH stehen. Sie werden verständlicher, wenn man sie im Licht der obigen Ausführungen zum Typus expressiver Handlungen betrachtet. Auch die Kritik der Literatur an dieser Tendenz des BGH lässt sich so besser überprüfen.<sup>48</sup>

Vier zusätzliche subjektive Elemente neben dem Tötungsvorsatz verlangen der BGH und die h.M. in der Wissenschaft zur Bestimmung der „Niedrigkeit“ eines Mordmotivs.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Pointiert insb. *Schneider*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 759; skeptisch und teils kritisch auch *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 44.

<sup>49</sup> Gegenstand des Vorsatzes kann das Merkmal „niedrig“ nicht sein; es ist das (unselbständige) normative Kennzeichen

- 1. muss der Täter die sachlichen Umstände gekannt haben, auf denen das objektive Urteil der Niedrigkeit beruht.<sup>50</sup>
- 2. muss er sich seines Motivs als des Beweggrunds seiner Tat bewusst gewesen sein; unbewusste (ggf. niedrige) Motive reichen nicht, auch wenn sie eine handlungsauslösende Rolle gespielt haben sollten.<sup>51</sup>
- 3. muss er nach seinen persönlichen Fähigkeiten jedenfalls grundsätzlich in der Lage (gewesen) sein, die normative Wertung hinter dem Verdikt „niedrig“ einzusehen; nicht erforderlich ist, dass er selbst diese Einschätzung teilt.<sup>52</sup>
- Und schließlich muss er 4. fähig gewesen sein, seine Beweggründe „gedanklich zu steuern und willensmäßig zu beherrschen“.<sup>53</sup>

Alle vier Elemente der „subjektiven Seite“ der Motivgeneralklausel seien im Folgenden knapp erwogen.

#### a) Kenntnis äußerer Umstände

Dass der Täter die äußeren Umstände gekannt haben muss, die seine Motive als niedrig erscheinen lassen, ist selbstverständlich und wohl unbestritten. Es ist nicht erst eine Forderung des Schuldprinzips, sondern eine begriffliche Voraussetzung des Handelns aus einem Beweggrund, der sich auf äußere Umstände bezieht. Wer nicht weiß, dass Umstände vorliegen, die ihm, würde er sie kennen, ggf. ein Handlungsmotiv liefern, kann nicht aus diesem Motiv handeln. Im Übrigen mag er eine permanent „niedrige“ Gesinnung haben; das ändert daran nichts.<sup>54</sup>

eines (selbständigen) subjektiven Merkmals neben dem Tötungsvorsatz, eben des zusätzlichen, ggf. niedrigen Beweggrunds. Solche weiteren subjektiven Zustände im Bewusstsein des Täters sind schon begrifflich kein möglicher Gegenstand seines Vorsatzes; das schließt Irrtumsmöglichkeiten aus (zutreffend klargestellt bei *Schneider* [Fn. 1], § 211 Rn. 112). Eine systematische Deutung des „niedrig“ als eines normativen Tatbestandsmerkmals und somit als Vorsatzobjekt hält aber *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 837 Fn. 27, für möglich; wohl auch *Köhler*, JZ 1980, 241. Ob das kohärent durchführbar ist, erscheint mir zweifelhaft.

<sup>50</sup> BGHSt 6, 329 (331 f.); BGH NSTz 2005, 331. Die nachfolgend zitierten Entscheidungen zur „subjektiven Seite“ der Motivgeneralklausel sind nur exemplarische Fälle; sie entsprechen jeweils einer umfangreichen ständigen Rspr.; umfassende Nachweise dazu bei *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 111 ff.

<sup>51</sup> BGH NJW 2002, 382 (383).

<sup>52</sup> BGH NSTz-RR 2004, 44.

<sup>53</sup> BGH NSTz 2012, 691 (692).

<sup>54</sup> Auch deren äußere Prämissen müsste er kennen, um konkret aus ihr heraus zu töten. Und wäre die einzige Prämisse für ihn, einen Menschen vor sich zu haben, weil er aus Hass auf alle jeden töten will, so wäre eben die Wahrnehmung „ein Mensch“ erforderlich (und dann eo ipso schon mit dem Tatvorsatz gegeben).

b) *Mentale Präsenz des Beweggrunds*

Problematischer fällt eine genauere Betrachtung des zweiten subjektiven Elements aus. Dass es bei allen Menschen für zahllose ihrer Handlungen auch erhebliche unbewusste Motivanteile gibt, ist nicht zweifelhaft. Und manche davon, die in Alltagsgesinnungen auch rechtstreuer Bürger keineswegs ganz selten vorkommen, wären als Beweggrund einer Tötung durchaus niedrig.<sup>55</sup> Begrifflich mag man es zwar für nicht ausgeschlossen halten, auch unbewusste Motive als „niedrige Beweggründe“ einer Tat zu kennzeichnen. Aber es ist nicht nur pragmatisch und beweisrechtlich vernünftig, solche klandestinen Motivlagen, die dem Täter selbst mental nicht zugänglich waren, nicht über sein eigenes inneres Erleben hinweg zu rekonstruieren. Es ist auch ein, wenngleich nicht ganz einfach zu präzisierendes Gebot des Schuldgrundsatzes.<sup>56</sup> Und es hängt zusammen mit der gängigen Ablehnung einer strafbegründenden „Charakterschuld“. Der tiefere Grund dafür dürfte freilich (erneut) darin liegen, dass unbewusste Handlungsauslöser zwar im Charakter des Handelnden gründen, aber mit Blick auf eine einzelne Tat eher wie Ursachen anmuten und nicht wie teleologisch-motivationale Gründe. Nur den letzteren lassen sich normative Verdikte wie „niedrig“ aber friktionsfrei zuschreiben. Im Übrigen hat das „Bewusstseins“-Erfordernis für den Täter eine kaum beachtete Kehrseite. Müssen unbewusste Motive auch dann unberücksichtigt bleiben, wenn sie entlastend wären? Der Schuldgrundsatz geböte das nicht, eher im Gegenteil. Aus begrifflichen wie aus Konsistenzgründen wird man wohl auch dies fordern müssen. Und, illusionslos besehen, aus pragmatisch-beweisrechtlichen Gründen für unausweichlich halten.

In Judikatur und Rechtslehre bleibt die Formel vom „Bewusstsein der Beweggründe“ merkwürdig unscharf. Nicht gemeint sein kann damit jedenfalls, dass sich der Täter seines Beweggrunds in einer Art Metakognition wie eines Objekts seiner introspektiven Betrachtung vergewissert haben müsste. Er muss sich also nicht (z.B.) etwas gedacht oder sonst deutlich gemacht haben wie: „Ich fühle gerade Rassenhass“; vielmehr muss er einfach diesen Hass gefühlt haben. Hier beginnen aber schwierige Probleme. Das erste ist normativer Art. Menschen sind generell nicht gut darin, sich ihre dunklen Motive selbst transparent zu machen. Selbsttäuschungen sind insofern der Normal-, nicht der Ausnahmefall. Ein Täter, der

<sup>55</sup> Etwa ein kryptischer Rassismus, der seinen Inhabern selbst nicht bewusst zu sein braucht. Für die Virulenz solcher unbewussten Handlungsdeterminanten gibt es heute erheblich härtere empirische Belege als psychoanalytische Spekulationen, nämlich solche der Neurowissenschaften; siehe etwa *Phelps/Thomas*, *Political Psychology* 24 (2003), 747 (751).

<sup>56</sup> *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 44; *Jähnke*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 34; *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 112; freilich ist dessen Begründung, unrechtershörende Umstände dürften dem Täter nur strafschärfend angelastet werden, wenn sie ihm bei Tatbegehung bewusst gewesen seien, im Hinblick auf die ggf. sogar strafbegründende Wirkung unbewusster Fahrlässigkeit zweifelhaft.

aus unmäßiger Eifersucht getötet und vor der Tat über seine Motivlage räsoniert hat – etwa außer über seine Verzweiflung auch über seine Weigerung, den geliebten Menschen jemand anderem zu gönnen – und der diese Überlegungen in seinem Tagebuch festgehalten hat, dürfte einer Verurteilung wegen Mordes kaum entgehen.<sup>57</sup> Dagegen hätte jemand, der aus einem exakt gleichen „Motivbündel“ tötet, dessen Verdrängung aber besser funktioniert und ihm analoge „Besitzansprüche“ hinter der eigenen Verzweiflung unkenntlich macht, nur eine Bestrafung wegen Totschlags zu gewärtigen.

Das mag man hinnehmen. Problematischer erscheint die Illusion, mit der Rekonstruktion solcher „Motivbündel“ und der nach h.M. gebotenen Ermittlung des „bewusstseinsdominanten“ Motivs<sup>58</sup> lasse sich von komplexen, den Tätern regelmäßig selbst nicht transparenten Motivlagen während der Tatbegehung ein realistischer Spiegel ihrer Wirklichkeit herstellen. Das ist nicht nur eine beweisrechtliche, sondern beim derzeitigen Stand der Psycho- und Neurowissenschaften auch eine psychologische Illusion. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Für die Tatgerichte sind solche Rekonstruktionen unumgänglich. Man sollte sich aber bewusst machen, wie vielfach dubios deren epistemischer Zusammenhang mit dem rekonstruierten Sachverhalt ist. Im halbwegs komplexen Motivbündel etwa eines Eifersuchtsmörders dürften sich vor der Tat Impulse der Verzweiflung, der Hoffnung, des Hasses, der Liebe, des Nichtgönnens, der Sehnsucht, der Aussichtslosigkeit (etc.) in einem dauernden Wechselspiel unterschiedlicher Dominanzen befinden. Dessen Dynamik wirklich aufzuklären, dürfte schon prinzipiell ausgeschlossen sein. Und selbst wenn man die Feststellung eines „bewusstseinsdominanten Motivs X“ beim Ansetzen zur Tat akzeptiert, wird man zugeben müssen, dass das „Dominanzranking“ im Motivbündel eine halbe Stunde vorher womöglich, ja vermutlich anders aussah, eine Viertelstunde vorher wieder und Sekunden vor dem Tatentschluss vielleicht noch einmal. Ein wenig metaphorisch: Das Urteil domestiziert den Zufall. Es stellt rückschauend das Chaos still, supponiert ihm eine Momentordnung und leitet aus ihr ggf. das Urteil „lebenslang“ ab. Das Begriffssystem, in dem dies geschieht, mag in einer langen Reihe von Urteilen halbwegs kohärent anwendbar geworden sein. Es ist aber eine Illusion zu meinen, mit ihm lasse sich für den Mord aus niedrigen Beweggründen eine Maxime der Strafgerechtigkeit in annähernd gleichem Maß verwirklichen wie für andere Delikte.

c) *Grundsätzliche Fähigkeit normativer Einsicht*

Die dritte Maßgabe für die „innere Seite“ der Motivgeneral Klausel wird in der Literatur weithin für dubios gehalten<sup>59</sup>:

<sup>57</sup> Zur Verwertbarkeit solcher Tagebuchaufzeichnungen BGHSt 34, 397; gebilligt von BVerfGE 80, 367; ablehnend die h.M. in der Literatur; siehe *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl. 2014, § 24 Rn. 56 (m.w.N.).

<sup>58</sup> Umfassende Nachweise bei *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 82.

<sup>59</sup> Skeptisch *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 45; kritisch *Trück*, *NSZ* 2004, 497. Vor allem an diesem Kriterium entzündet sich die Diskussion über die Frage, ob an Beweggründe von

Niedrig motiviert, so der BGH, handle der Täter auch dann nicht, wenn seine Beweggründe zwar objektiv niedrig gewesen seien, ihm selbst aber die Einsicht in diese Niedrigkeit aufgrund seiner „geistig-seelischen Verfassung“ versperrt gewesen sei. Die Skepsis der literarischen Kritik hängt vor allem damit zusammen, dass die Frage einer solchen Einsicht für ein genuines Schuldproblem – sei es der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums<sup>60</sup>, sei es des kognitiven Elements der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) – gehalten wird. Richtig ist aber die gegenläufige Intuition des BGH, der sie zur Klärung des Unrechtsmerkmals „aus niedrigen Beweggründen“ schon in den Tatbestand zieht. Der extreme Fall des vollständigen Unvermögens, das eigene Motiv als niedrig zu identifizieren, zeigt das deutlich. „Niedrig“ ist ein Verdikt über den Verstoß gegen eine Norm. Wer diese Norm nicht kennen kann, ist kein tauglicher Adressat für ihren Befehl. Dann kann er auch nicht gegen sie verstoßen, wie immer der Beweggrund seines Handelns beschaffen sein mag. Es hat schon begrifflich keinen fassbaren Sinn zu sagen, der Fünfjährige, der seinem zweijährigen Spielkameraden aus schierer Neugier den Bauch aufschneidet, um nachzusehen, was drin wäre, handle niedrig motiviert, wenn auch schuldlos.<sup>61</sup>

Ein solches Unvermögen, die Niedrigkeit des eigenen Beweggrunds zu verstehen, wird etwa bei Tätern mit gravierenden Persönlichkeitsstörungen regelmäßig nicht vollständig, sondern in abgestuften Graden vorliegen. Eine strikte Trennlinie zwischen berücksichtigungsfähigen Stufen hinreichend gewichtiger Intensität und irrelevanten Stufen milderer Schwere der Einsichtsstörung lässt sich hier aber, anders als in § 20 StGB für die Schuldunfähigkeit, nicht ziehen. Denn das mit dem Verdikt „niedrig“ verbundene Urteil über die Tat lautet „höchststrafwürdig“. Jede deutlich ausweisbare Minderung der Möglichkeit des Täters, die Niedrigkeit seines eigenen Motivs zu begreifen, widerspricht aber der Feststellung seiner „höchsten“ Strafwürdigkeit.

Freilich beginnt hier das Elend einer offenen Flanke für hochgradig spekulative Strategien der psychologischen Deutung dessen, was an dem Tatmotiv der Verständnismöglichkeit des Täters noch zugänglich war und was nicht mehr. Die Antwort auf diese Frage, entscheidend für das Ja oder Nein des höchsten Strafmaßes der Rechtsordnung, wird damit dem

---

Tätern, die in einem profund abweichenden Normen- und Wertsystem sozialisiert wurden, dessen Maßstäbe oder aber die hierzulande geltenden anzulegen seien. Bekanntlich nimmt inzwischen auch der BGH wie die zuvor schon h.M. in der Literatur das Letztere an; zu dieser Entwicklung *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 105 ff.

<sup>60</sup> In diesem Sinn *Valerius*, JZ 2008, 918; dagegen zutreffend *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 30a.

<sup>61</sup> Bei prinzipiell untauglichen Normadressaten wie Tieren ist das offensichtlich. Elefanten töten manchmal ihre früheren menschlichen Peiniger aus (einer Art) Rachsucht, Tiger gelegentlich ihren Wärter aus „Langeweile“ und Katzen Mäuse „zum Spiel“. Ersichtlich kann nichts davon „niedrig“ genannt werden, wiewohl jedes der so bezeichneten Motive bei einem verantwortlichen menschlichen Täter ohne weiteres als niedriger Beweggrund zu qualifizieren wäre.

Risiko eines kaum kontrollierbaren, der schieren Intuition des Rechtsanwenders und seinem laienpsychologischen Vorverständnis ausgelieferten Entscheidungsprozesses überantwortet.<sup>62</sup> Die entsprechende Kritik seitens der Literatur wäre freilich nicht an den BGH zu adressieren, sondern an das Gesetz selbst: an ein sachlich wie sprachlich ungeeignetes Merkmal zur Begründung höchster Schuld.

#### d) Motivationsbeherrschungspotential

Damit ist auch das vierte Kriterium des BGH für die „Innen-seite“ des Merkmals angesprochen: das sog. Motivationsbeherrschungspotential des Täters, seine Fähigkeit zur „gedanklichen Steuerung“ und „willensmäßigen Beherrschung“ seines niedrigen Beweggrunds. Fehle es daran, handle der Täter nicht niedrig motiviert. Das könne insbesondere in Fällen hoher affektiver oder triebhafter Anteile am Tatmotiv nahe liegen. Zu unterscheiden sei das Potential des Täters zur Beherrschung seines Motivs von seiner (Selbst-)Hemmungsfähigkeit im Hinblick auf den Tötungsakt selbst. Die letztere sei eine Frage des § 20 StGB; vorliegen könne sie auch dann noch, wenn die Beherrschbarkeit des niedrigen Motivs fehle.<sup>63</sup>

Hiergegen vor allem richtet sich die Kritik der Literatur. Mit der Steuerungsfähigkeit des Täters verschiebe der BGH ein Element, das offensichtlich zur Frage der Schuldfähigkeit gehöre, in den Tatbestand. Unbeschadet der vermeintlichen Trennbarkeit einer Beherrschung des Tötungsentschlusses einerseits und des niedrigen Motivs dazu andererseits, handle es sich auch beim letzteren ausschließlich um eine schuldspezifische Frage. Sie werde vom BGH den strengen Voraussetzungen des § 20 StGB entzogen. Damit werde die Möglichkeit der Berücksichtigung gradueller Abstufungen der Steuerungsfähigkeit in einer Parallelbeurteilung diesseits der Schuldfrage und unterhalb der Schwelle des § 20 StGB, also klaren gesetzlichen Maßgaben zuwider eröffnet.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> *Kargl*, StraFo 2001, 365 (367). Begünstigt wird dies durch den revisionsgerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum, den der BGH dem Tatrichter für die Klärung der „Niedrigkeit“ qua „Gesamtschau“ zubilligt (BGH NStZ 2009, 210; krit. dazu m.w.N. *Schneider* [Fn. 1], § 211 Rn. 281 f.). Auch psychiatrische Fachkompetenz hilft im Übrigen bei der Frage, ob der Täter seine eigene Niedrigkeit habe verstehen können, nicht weiter. Die Restriktionen des Kriteriums, die *Schneider* vorschlägt (*Schneider* [Fn. 1], § 211 Rn. 109, 114) sind daher aus Gründen der Rechtssicherheit gut verständlich, kollidieren aber in Teilen mit den oben dargelegten begrifflichen Implikationen des Mordmerkmals.

<sup>63</sup> BGH bei *Holtz*, MDR 1984, 980. Danach soll die Trennung der Kontrollfähigkeit einerseits bezüglich des Tötungsimpulses und andererseits bezüglich des niedrigen Motivs forensisch auch dann möglich sein, wenn Zweifel an diesem wie an jenem Beherrschungspotential auf denselben sachlichen Umständen beruhen.

<sup>64</sup> *Neumann* (Fn. 1), § 211 Rn. 45; *Heine* (Fn. 10), S. 251 f.; scharf kritisch *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 118 („strafrechtsdogmatisches Desaster“, „Prinzipienlosigkeit der Prüfung“, Maxime für „maßlose Kadijustiz“).

Die Befürchtung, die Judikatur des BGH könnte das Mordmerkmal einer kontur- und prinzipienlosen Willkür seiner Anwendung ausliefern, hat ersichtlich Hand und Fuß. Merkwürdig unerörtert lässt der BGH auch, was genau der Gegenstand des Motivbeherrschungspotentials sein soll: die Entstehung des niedrigen Motivs im Täter oder seine Wirkung als auslösender Beweggrund des tödlichen Handelns? Soll die oben skizzierte Trennungsthese des BGH einen plausiblen Sinn haben, dann liegt das erstere nahe: Steuern und beherrschen können müsste der Täter dann die Formierung des niedrigen Motivs in seinem Bewusstsein. Denn die hemmende Steuerung seines Antriebs zum tödlichen Handeln selbst betrifft ersichtlich (auch nach dem BGH) die generelle Frage seiner Schuldfähigkeit. So mag sich das Kriterium halbwegs schlüssig in die allgemeine Systematik des Strafrechts einfügen lassen. Freilich erscheint andererseits das Postulat, der Täter müsse schon die Entstehung eines niedrigen Tötungsmotivs in sich selbst „willensmäßig beherrschen“ können, psychologisch verfehlt. Solche Motive sind oft das Produkt intensiver Emotionen. Deren Entstehen und Präsenz im Bewusstsein ist kein möglicher Gegenstand einer Willenskontrolle. Im Übrigen mutet es eher seltsam an, den spezifischen Normbefehl, nicht „niedrig“ zu töten, als das Gebot zu verstehen, der Täter solle, wenn er schon drangehe, aus (z.B.) Rassenhass zu töten, dabei doch immerhin das Hassmotiv fallenlassen.

*aa) Die plausible Grundlage der Auffassung des BGH*

Dennoch erfasst der BGH etwas Richtiges und Wesentliches. Es kommt schärfer in den Blick, wenn man sich die seiner Judikatur zugrunde liegende Überlegung per Gedankenexperiment ins Extreme zugespitzt denkt. Man stelle sich den Fall eines Täters vor, der aus einem objektiv niedrigen Motiv tötet, für dessen Entstehung er nichts kann und dessen Intensität ihn dem Tatantrieb vollständig wehrlos ausliefert. Ein bössartiger Neurochirurg N implantiert ins Gehirn des A einen Stimulator, den N von außen regulieren kann. Damit erzeugt er in A einen schlechterdings unwiderstehlichen Impuls des Rassenhasses, aus dem heraus A einen Menschen tötet. Man spitze den Fall weiter zu: Die kognitiven Fähigkeiten des A seien von der Fremdsteuerung seiner volitionalen Impulse gänzlich unberührt. Er registriert daher den eigenen Hassaffekt und das daraus entstehende Tötungsmotiv mit Entsetzen und kämpft verzweifelt dagegen an, jedoch vergeblich. Wem dieses Szenario zu viel Science Fiction enthält, der stelle sich statt eines kontrollierenden Neurochirurgen einen Hirntumor mit denselben Wirkungen in As Bewusstsein vor. Die grundsätzliche Möglichkeit eines solchen Geschehens ist gänzlich realistisch.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Siehe dazu den Fallbericht über die Entstehung unkontrollierbarer Impulse zu pädophilen Übergriffen in einem Mann, die nachweisbar auf einem Hirntumor beruhen, bei *Burns/Swerdlow*, *Archives of Neurology* 60 (2003), 437; knappe Diskussion des Falles bei *Merkel*, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2. Aufl. 2014, S. 105 ff. Im Übrigen entspricht die Struktur solchen neurokausal bedingten Zwangshandelns ziemlich genau der bei suchtbedingten Handlungen gegen

Die Frage ist nicht, ob A wegen dieser Tötung strafbar ist; das ist er gewiss nicht. Allerdings wird man nicht schon die Zurechenbarkeit der tödlichen Handlung verneinen können, da N weder den unmittelbaren Entschluss dazu erzeugt noch den anschließenden Bewegungsablauf gesteuert, vielmehr nur das Hassmotiv, das A zum Handeln motivierte, in dessen Bewusstsein implantiert hat.<sup>66</sup> Die Frage lautet vielmehr, ob A „niedrig“ getötet hat. So formuliert hat sie einen kryptischen Doppelsinn. Verdeutlichen lässt er sich so:

- 1. Hat A aus einem Motiv gehandelt, das objektiv niedrig ist?
- Und 2.: Hat, in Ansehung seines Motivs, A niedrig gehandelt?

Die Antwort auf 1. ist ein klares Ja. A hat aus Rassenhass gehandelt. Dass er dafür schlechterdings nichts konnte, ändert an diesem rein faktischen Zusammenhang nichts; zu lösen ist der Fall dann über § 20 StGB. Die Antwort auf die 2. Frage ist ein ebenso eindeutiges Nein. Man kann ein Handeln nicht „niedrig“ nennen, dessen unwiderstehlich auslösendes Motiv für den Handelnden so wenig steuerbar ist wie ein naturkausaler Ablauf in und mit seinem Körper. Das gilt auch, wenn dieses Motiv, isoliert betrachtet, objektiv niedrig ist. Zu klären ist das Niedrig-Motiviertsein des konkreten und eben kontrollunfähigen Täters, nicht dagegen, ob das bei ihm ermittelte Motiv, läge es bei einem zur Kontrolle fähigen Täter vor, dessen Handeln als niedrig motiviert erscheinen ließe.

Den Erwägungen des BGH liegt ersichtlich der Gedanke aus der obigen 2. Frage und ihrer verneinenden Antwort zugrunde. Und dieser Gedanke ist richtig. Je weniger ein objektiv niedriges Tötungsmotiv für den Täter kontrollierbar ist, desto stärker entspricht sein Verhalten dem Modell eines naturkausalen Mechanismus. Solche Mechanismen, wie auch immer sie beschaffen sein und worin immer sie resultieren mögen, können nicht gut als „niedrig“ bezeichnet werden.<sup>67</sup> Selbstverständlich entsprechen Handlungen auch hochgradig kontrollgestörter Täter diesem Modell so gut wie niemals vollständig. Aber darum geht es nicht. Es geht allein darum, ob Taten, deren normative Konturen sich denen dieses Modells immerhin annähern, noch als „extrem verwerflich“ und daher höchststrafwürdig beurteilt werden können. Ab einem gewissen Grad dieser Annäherung wird man die Frage verneinen müssen.

---

den „eigentlichen“ Willen und die bessere Einsicht des Süchtigen.

<sup>66</sup> Wem das nicht einleuchtet und wer deshalb schon As Handlungsherrschaft verneinen will, um sie allein dem mittelbaren Täter N zuzuschreiben, der nehme den obigen Hirntumor-Fall; dann steht die Handlung des A außer Zweifel, und somit auch, dass er den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung erfüllt. Anzuwenden wäre § 20 StGB: „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ (auch Hass-Emotionen gehören zum Bewusstsein).

<sup>67</sup> So wenig wie die „rachsüchtige“ Tötung seines früheren Peinigers durch einen Elefanten (siehe Fn. 61).

*bb) Begrifflicher Zusammenhang von „Niedrigkeit“ und Beherrschbarkeit*

Die Überlegungen schließen an unsere früheren handlungstheoretischen Ausführungen an.<sup>68</sup> Fragt man sich, ob das Mordmerkmal im Sinn der obigen Fragen (1. oder 2.) gedeutet werden sollte, dann kommt es darauf an, in welchem Maße man subjektive Elemente der Handlungs(auslösungs)kontrolle in den Handlungsbegriff selbst integriert. Knapp und etwas apodiktisch: Wer die Mordmerkmale der 1. Gruppe in § 211 StGB als subjektive Unrechtsmerkmale begreift, hat gute Gründe, eine hinreichende Fähigkeit zur Kontrolle des „niedrigen“ mentalen Ursprungs der Handlung schon mit dem Merkmal selbst zu verbinden und bei Fehlen dieser Fähigkeit mit dem BGH den Tatbestand zu verneinen, nicht erst (ggf.) die Schuld. Es erscheint inkohärent, einerseits das Merkmal als subjektiven Teil des Unrechts zu deklarieren und es andererseits auch dann zu bejahen, wenn ihm im konkreten Tathergang das für jede personale Subjektivität erforderliche Minimum gefehlt hat: die Beherrschbarkeit durch seinen Inhaber. Unsere obigen Überlegungen zu „expressiven Handlungen“ deuten ebenfalls in diese Richtung. Handlungen, deren unmittelbar auslösende Motive der Handelnde nicht kontrollieren kann, entsprechen nicht dem Vollbild rationalen Handelns. Wohl haben sie Beweggründe; aber sie dienen, wenn diese Beweggründe dem steuernden Zugriff des Handelnden nicht zugänglich sind, keinem seiner Zwecke oder Ziele und keiner Absicht.

Im Grundsatz erscheint die BGH-Lösung daher einleuchtend. Die Klage, dass damit eine Graduierbarkeit des Steuerungsvermögens eines Täters in den Tatbestand eingeführt werde, die § 20 StGB für die Schuld nicht kenne, ist dann ebenfalls unberechtigt. Normativ betrachtet ist das kein Nachteil, sondern ein Vorteil. Wenn der Täter immerhin substantiell, wenn auch unterhalb der Schwelle des § 20 StGB, in seiner Fähigkeit beeinträchtigt war, sein niedriges Motiv und dessen handlungsauslösende Wirksamkeit zu beherrschen, dann verdient seine Tat zumindest möglicherweise nicht das Prädikat höchster Verwerflichkeit.<sup>69</sup> Und war er dies sogar in dem von § 20 StGB bestimmten Maß, dann verdient die Tat das Prädikat erst recht nicht. Wohl diktierten in diesem Fall zuletzt allein Schulderwägungen das endgültige Ergebnis und der Täter wäre auch vom Totschlagsvorwurf freizusprechen. Doch würden die Gründe dieses Ergebnisses die vorherige Feststellung höchsten subjektiven Unrechts nachdrücklich dementieren. Dass der Täter im höchsten Maße subjektiv „niedrig“ gehandelt habe, wiewohl er dieses Handeln nicht vermeiden können, ist normativ inkonsistent. Man kann mit guten systematischen Gründen verlangen, die Kriterien für die Kontrollmängel beim Täter an die Maßgaben des § 21 zu assimilieren. Aber solche Kontrollmängel überhaupt erst ab der Schwelle vollständiger Schuldunfähigkeit zu berücksichtigen, wiewohl es um den Vorwurf höchst-

<sup>68</sup> Zunächst zu und in Fn. 25-27 („intentional-teleologisches“ vs. „kausalistisches“ Handlungsmodell), sowie zu und in Fn. 43-45 („expressive actions“).

<sup>69</sup> Und unter ein Leitprinzip „Gefährlichkeit“ kann ein Motivmerkmal keinesfalls gestellt werden (s.o. I. 1.).

strafwürdigen Unrechts geht, ist wenig überzeugend. Dass der BGH ihre Prüfung bereits im Tatbestand verlangt, ist auf der Grundlage des geltenden Gesetzes nicht zu beanstanden. Der Vorwurf, dadurch würden die niedrigen Beweggründe psychologisiert, geht fehl. Denn diese „Psychologisierung“ ist keine. Sie wird von der Formulierung des Merkmals erzwungen: begrifflich, handlungstheoretisch und normativ.

*cc) Der richtige Adressat der Kritik*

Damit tritt das eigentliche Ziel der Kritik deutlich ins Licht: das Mordmerkmal selbst. Nicht zu bestreiten, sondern nachdrücklich zu unterstreichen ist die Klage über eine „nahezu beliebige Rechtsfindung nach Maßgabe frei verfügbarer weichspülerartiger Psycho-Kriterien“, in der „die Prinzipienlosigkeit der Prüfung [...] zum Programm“ geworden sei.<sup>70</sup> Und nicht nur die „Innenseite“, auch zahlreiche objektive und begriffliche Konturen des Merkmals sind längst bekannten Einwänden ausgesetzt. Man nehme nur die Behandlung der sog. grundlosen Tötungen. Ein solcher Täter handle, so der BGH, aus niedrigem Beweggrund - nicht, weil er ohne Grund töte, sondern weil er dies mit dem Bewusstsein tue, keinen Grund zu brauchen.<sup>71</sup> Das überzeugt nicht. Dass jemand, der ohne Grund handelt, keinen Grund zum Handeln braucht, ist analytisch begrifflich wahr. Ein entsprechendes begleitendes Bewusstsein des Täters reicht aber über diesen Befund nicht hinaus. Das Wissen, keinen Grund zu haben, und dennoch zu handeln, impliziert das Wissen, keinen Grund zu brauchen. So wenig wie das Fehlen eines Grundes selbst kann es daher ein „niedriger Beweggrund“ sein.

Im Übrigen gilt für das Merkmal „niedrige Beweggründe“ etwas ähnliches, wie es oben für das Leitprinzip „Gefährlichkeit“ gezeigt wurde. Was als Antwort auf die Frage, ob ein ermitteltes Motiv „niedrig“ sei, jeweils naheliegt, hängt in hohem Maß von der Beschreibung der normativ relevanten Umstände des Sachverhalts ab. Selbst substantiell divergierende Beschreibungen mögen aber den feststellbaren Sachverhalt gleichermaßen zutreffend wiedergeben. Beispiel: Mutter M tötet ihr schwerbehindertes Baby, weil sie glaubt, ein Leben mit dem Kind nicht ertragen zu können.

*Beschreibung 1:* M setzt ihre eigenen Bedürfnisse derart rücksichtslos über das Leben eines anderen, dass sie zur Sicherung ihrer persönlichen Glücksansprüche dieses Leben sogar zu vernichten bereit ist. Damit zeigt sie nicht nur eine asozial egoistische Gesinnung, sondern missachtet auch fundamentale Wertentscheidungen unserer Verfassung, wie sie in Art. 3 Abs. 3 GG zum Ausdruck

<sup>70</sup> *Schneider* (Fn. 1), § 211 Rn. 119, 118. Der BGH bestätigt das gelegentlich selbst. In BGH, Urt. v. 7.7.1993 – 2 StR 17/93, führt er aus, die Annahme der Fähigkeit des Täters, seine Antriebe willensmäßig zu steuern, sei „umso eher gerechtfertigt, je schwerwiegender die Tat ist“ (NJW 1993, 3210). Das erscheint im Licht der obigen Grundsatzüberlegungen zur Judikatur wie aus der Luft gegriffen und höchst unplausibel.

<sup>71</sup> BGH NStZ 2002, 84 (85); BGH NStZ-RR 2005, 309 (310).

kommen, der dem Staat gebietet, behindertes und nicht-behindertes Leben gleich zu schützen.

*Beschreibung 2:* M sieht für ihr gesamtes weiteres Leben voraus, dass ihre Zeit und Kraft vollständig von der Pflege ihres schwerkranken Kindes beansprucht sein werde. Sie befürchtet, dass ihr Partner sie deshalb über kurz oder lang verlassen und sie kaum eine Chance haben werde, einen neuen Lebenspartner zu finden. Sie hält ihre Hoffnung auf ein bescheidenes Lebensglück mit diesem Kind für aussichtslos. Und sie weiß, dass ihr die Rechtsordnung noch kurz zuvor (vor der Geburt) die intrauterine Tötung des Kindes erlaubt hätte, wäre dessen Schädigung nur bekannt gewesen (§ 218a Abs. 2 StGB).

Beide Beschreibungen sind in einem bestimmten Sinn richtig, und zwar auch in ihrer jeweiligen Berufung auf objektive Rechtsprinzipien. Die erste begründet das Verdikt „niedrig“ ohne weiteres, die zweite tut dies gewiss nicht. Welche davon sich der Intuition des entscheidenden Richters nahelegen mag, ist durch nichts bestimmt als ihn selbst – nicht prognostizierbar, nicht begründbar, nicht überprüfbar. Vom Einlassungsverhalten der Beschuldigten M abgesehen, dürfte es jedenfalls mehr mit seiner eigenen Biographie zu tun haben als mit dem feststellbaren Tatgeschehen.

Das alles sind beklagenswert schwankende Grundlagen für ein Urteil, mit dem ggf. eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird. Aber der richtige Adressat all dieser Beschwerden ist der Gesetzgeber. Er sollte ein Merkmal, dem das Programm einer begrifflichen, normativen, psychologischen und beweisrechtlichen Wirrnis unentrinnbar eingeschrieben ist, endlich streichen.

### III. Empfehlung

Das führt mich zu meiner abschließenden Empfehlung, und mit ihr zurück zum AE-Leben von 2008. Streicht man aus dem dort vorgeschlagenen Absatz 2 eines reformierten § 211 StGB die unplausible Einfügung eines Leitprinzips „Gefährlichkeit“ als Maßgabe für die Strafzumessung, nämlich die „Eignung der Tat zur Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“, so sind die verbleibenden sachlichen Vorschläge des Reformentwurfs dem geltenden Recht weit überlegen. Das betrifft vor allem drei wesentliche Veränderungen des derzeitigen § 211 StGB:

- 1. Die besonders dringlich gebotene Ersetzung der „Punktstrafe“ als zwingender Rechtsfolge durch die Möglichkeit, auch eine zeitige Freiheitsstrafe zu verhängen.
- 2. Die mit dieser Öffnung des möglichen Sanktionsrahmens überzeugend korrespondierende Ersetzung der Mordkriterien als starrer Tatbestandsmerkmale durch eine Reihe ausformulierter Regelbeispiele. Zu begrüßen ist insbesondere auch die vorgeschlagene neuartige Konstruktion dieser Regelmerkmale als notwendiger, aber nicht hinreichender Bedingungen einer Verhängung der Höchststrafe, also der Ausschluss unbenannter höchststrafwürdiger Fälle.

- Und schließlich 3. die Streichung der Motivgeneralklausel und deren Ersetzung durch eine Reihe konkreter Motiv- bzw. Absichtsmerkmale, die ein besonders erhöhtes Tötungsunrecht und eine damit korrespondierende besonders erhöhte Schuld einleuchtend kennzeichnen.

Die Begründungen für diese vorgeschlagenen Reformen werden im AE-Leben in großer Ausführlichkeit dargelegt; eines Nachzeichnens ihrer Argumente bedarf es hier nicht. Sie sind im Wesentlichen (und von der leitprinzipiellen Maßgabe „Sozialgefährlichkeit“ abgesehen) überzeugend. Über Einzelheiten der genauen Gestalt des vorgeschlagenen Regelkatalogs kann man streiten und sollte jedenfalls noch genauer diskutiert werden. Der vorliegende Beitrag ist dafür aber nicht mehr der richtige Ort.