

Der „Kannibalen-Fall“*

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Universität Potsdam

I. Sachverhalt und Verfahren

Einer der spektakulärsten Kriminalfälle der deutschen Justizgeschichte ereignete sich im März 2001 in der Nähe der nordhessischen Kleinstadt Rotenburg an der Fulda: Der damals 39-jährige Computerfachmann Armin Meiwes (M) tötete den 43-jährigen Bernd Brandes (B) mit Messerstichen in den Hals, nachdem er dem Opfer Stunden zuvor mit einem Messer den Penis abgetrennt hatte. Letzteres war auf ausdrücklichen Wunsch des B geschehen, der sich von diesem Akt hochgradige sexuelle Befriedigung erhoffte. Alles das, wie auch die spätere Behandlung des Leichnams, nahm M mit einer Videokamera auf. Schon diese und weitere der Tötung vorausgehende Vorgänge kennzeichneten das Tatgeschehen als äußerst ungewöhnlichen Fall eines Tötungsdelikts und weckten das Interesse der Medien und der Öffentlichkeit. Sensationscharakter erhielt der Fall jedoch durch die bizarre Behandlung¹ des Leichnams durch M: Zur Medienfigur „Kannibale von Rotenburg“ avancierte M nämlich deshalb, weil er den Körper des toten B nach Art eines Metzgers zerlegte, ausweidete und später aufaß. Das „Schlachten“ begleitete M mit – auf den Videobändern festgehaltenen, teilweise abfälligen – Kommentaren zur Beschaffenheit des toten Körpers, insbesondere im Hinblick auf seine Tauglichkeit für das geplante Verspeisen (z. B. „Der Schinken ist gutes Fleisch“, „Wenn es nicht so viel Fett wäre, wäre es noch besser“). Die Leichenteile packte M in Gefrierbeutel und lagerte sie in der Tiefkühltruhe. In der Folgezeit bereitete sich M daraus nach und nach Mahlzeiten. Sexuelle Befriedigung verschaffte sich M durch das Betrachten der Videoaufnahmen von der Penisamputation, der Tötung und dem Schlachten des verstorbenen B.²

Ende 2002 wurden die Strafverfolgungsbehörden auf den im Internet surfenden und chattenden M aufmerksam. Durchsuchung des von M allein bewohnten Anwesens und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung brachten aber keine haftbe gründenden Erkenntnisse, sodaß M wieder auf freien Fuß gesetzt wurde. Erst als sich M einem Rechtsanwalt anvertraut und dieser auf seinen Wunsch hin die Polizei informiert hatte, leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren ein. M wurde wegen Mordes angeklagt, von der Schwurgerichtskammer beim Landgericht Kassel (§ 74 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GVG) am 30.1.2004 jedoch „nur“ wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 8 Jahren und 6 Monaten verurteilt.³ Gegen dieses Urteil legten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte (§ 296 StPO) Revision (§ 331 StPO) ein. Die

Staatsanwaltschaft erstrebte eine Verurteilung wegen Mordes, dem Angeklagten ging es in erster Linie darum, eine Verurteilung auf der Grundlage des Tatbestandes „Tötung auf Verlangen“ (§ 216 StGB) und damit auch ein erheblich niedrigeres Strafmaß zu erreichen. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (§ 135 Abs. 1 GVG) verwarf mit Urteil vom 22. April 2005⁴ die Revision des M und gab der Revision der Staatsanwaltschaft statt. Zu Unrecht habe die Strafkammer Strafbarkeit wegen Mordes verneint. In Betracht kämen die Mordmerkmale „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“, „zur Ermöglichung einer anderen Straftat“ sowie eventuell „aus sonstigen niedrigen Beweggründen“. Zur erneuten Verhandlung der Sache verwies der BGH gem. § 354 Abs. 2 S. 1 StPO an ein anderes Landgericht des Landes Hessen – das LG Frankfurt/Main – zurück. Die Hauptverhandlung vor der 21. Strafkammer des LG Frankfurt/Main endete am 9. Mai 2006 mit der auf Grund der höchstrichterlichen Vorgaben nicht überraschenden Verurteilung des M wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe.⁵ Gegen dieses Urteil legte M Revision ein. Am 7. Februar 2007 hat nun der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Revision als offensichtlich unbegründet verworfen (§ 349 Abs. 2 StPO) und damit den vorläufigen Schlußstrich unter das Verfahren gezogen.⁶

II. Strafrechtliche Würdigung

1. Totschlag, § 212 StGB

Das Urteil über die materiellstrafrechtliche Qualität der Tat oszilliert zwischen Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§§ 212, 213 StGB) und Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Zweifelsfrei kann die Mitwirkung des Opfers an dem todbringenden Geschehen nicht als *Suizid* bewertet werden, zu dem M lediglich einen straflosen Teilnehmer-Beitrag geleistet hat.⁷ Denn die Herrschaft über die Ausführung des entscheidenden letztursächlichen Tötungsaktes lag allein in der Hand des Angeklagten.⁸ M hat also den objektiven und den subjektiven Tatbestand des Totschlags erfüllt. Wie sich aus § 216 StGB ergibt, beseitigt die *Einwilligung* des Opfers – gleich, ob sie wirksam ist oder nicht – die Rechtswidrigkeit des Totschlags nicht.⁹ Dennoch vermindert die Einwilligung und das sonstige tatfördernde Opferverhalten auch bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt den Strafwürdigkeitsgehalt der Tat.¹⁰ Sofern diese Minderung für einen Ausschluß der Strafbarkeit nicht ausreicht, wirkt sie sich auf der Rechtsfolgenseite, insbeson-

* Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam. Er vertritt den Angeklagten Armin Meiwes in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.

¹ Kreuzer, MschrKrim 2005, 412: „unsäglich abscheuliches Geschehen.“

² Ausführliche Schilderung des Sachverhalts in JZ 2005, 795 f.

³ LG Kassel – 2650 Js 36980/02 – 6 Ks.

⁴ BGHSt 50, 80 ff. – 2 StR 310/04.

⁵ LG Frankfurt – 5/21 Ks 3550 Js 220983/05 (04/2005).

⁶ 2 StR 518/206.

⁷ Urteil LG Kassel, Gründe III.

⁸ BGHSt 19, 135 (140).

⁹ Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 66; Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, §§ 185-262 StGB, 2003, § 212 Rn. 52.

¹⁰ Kern, ZStW 64 (1952), 255 (285); Noll, ZStW 68 (1956), 181 (194); ders., SchwZStR 80 (1964), 160 (170).

dere bei der Strafzumessung¹¹, – evtl. in Form einer Strafrahmensenkung gem. § 213 StGB – aus.

2. Tötung auf Verlangen, § 216 StGB

a) Alle drei Gerichte haben „Tötung auf Verlangen“ verneint. Die Zustimmungsbekundung des Getöteten sei kein „Verlangen“, sondern allenfalls eine – für § 216 StGB nicht ausreichende¹² – Einwilligung gewesen.¹³ Zudem fehle der Zustimmung des psychisch kranken Opfers die Ernstlichkeit.¹⁴ Außerdem sei M nicht durch die Zustimmung des Opfers zu seiner Tat bestimmt worden, da diese nicht „bewußtseinsdominant“¹⁵ und nicht „handlungsleitend“¹⁶, nicht der „Hauptmotivationsgrund“¹⁷ gewesen sei.¹⁸

Allerdings wird Täter des Privilegs einer Verurteilung aus § 216 StGB nicht nur dann teilhaftig, wenn die Voraussetzungen dieses Straftatbestandes objektiv vorliegen, sondern auch dann, wenn er irrig von ihrem Vorliegen ausgeht. Dies folgt aus § 16 Abs. 2 StGB, der die Sperrwirkung des privilegierenden Tatbestandes¹⁹ in den Irrtumsbereich verlängert.²⁰ Danach kommt die irrtümliche Annahme objektiv nicht erfüllter privilegierender Tatbestandsmerkmale dem Täter auf der Vorsatzebene in gleicher Weise zugute, wie gemäß § 16 Abs. 1 StGB die Unkenntnis objektiv erfüllter strafbarkeitsbegründender oder qualifizierender Tatumstände. Die Anwendung des § 16 Abs. 2 StGB wurde jedoch vom LG Kassel mit der Begründung abgelehnt, die Einwilligung des Getöteten sei für den Tatenschluß des M nicht „in qualifizierter

Form kausal“ geworden. BGH und LG Frankfurt gingen auf § 16 Abs. 2 StGB nicht ein.

b) Gleichwohl beging M seine Tat in der Vorstellung, das Opfer sei mit der Tötung einverstanden. Die Relevanz dieses Umstands erschöpft sich nicht in § 16 Abs. 2 StGB. Vielmehr ist auch zu erwägen, ob diese (Fehl-)Vorstellung des M Einfluß auf die Strafbarkeitsvoraussetzung „Unrechtsbewusstsein“ hat.²¹ Zwar spricht nichts dafür, daß M geglaubt haben könnte, die vorsätzliche Tötung eines einwilligenden Menschen sei in der für ihn maßgeblichen deutschen Rechtsordnung kein strafbedrohtes Unrecht. Zu überlegen ist jedoch, ob aus der Fehlvorstellung, „nur“ eine vom Opfer gewollte Tötung zu begehen, eine entsprechende *quantitative Reduzierung* des Unrechtsbewusstseins resultiert. Denn infolge seines Irrtums mußte sich M bei Begehung seiner Tat lediglich über einen verhältnismäßig schwachen Gewissensappell hinwegsetzen: Unter Schuldgesichtspunkten macht es gewiß einen erheblichen Unterschied, ob der Täter das Unrechtsquantum eines Mordes, eines Totschlags oder einer Tötung auf Verlangen vor Augen hat. Die Hemmschwellen sind unterschiedlich hoch. Dementsprechend ist der Grad der Vorwerfbarkeit abhängig von der Schwere des Straftatbestandes, auf den sich das anerkanntermaßen „tatbestandsbezogene“²² oder „teilbare“²³ Unrechtsbewußtsein richtet. Unrecht und Schuld sind „Steigerungsbegriffe“, d. h. einer quantitativen Messung und Differenzierung zugängliche Straftatkomponenten.²⁴ Daher ist auch das Unrechtsbewußtsein stufenlos graduierbar.²⁵ Stellt sich der Täter auf Grund eines den Vorsatz unberührt lassenden Irrtums – z. B. eines Subsumtionsirrtums – vor, er begehe eine Tötung auf Verlangen, kann sein Unrechtsbewußtsein nicht über den Grad der im Höchstmaß mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Tötung auf Verlangen hinausgehen, obwohl er objektiv und vorsätzlich einen Totschlag oder sogar einen Mord begangen hat.

Für den Schuldspruch²⁶ lassen sich daraus jedoch keine Konsequenzen ableiten.²⁷ Die Limitierung des Unrechtsbewusstseins hat keine Beschränkung der Strafbarkeit auf den Tatbestand des § 216 StGB zur Folge. Denn § 17 StGB enthält keine dem § 16 Abs. 2 StGB entsprechende Regelung. Ein Irrtum über die Quantität des Unrechts wird in § 17 StGB also nicht berücksichtigt.²⁸ Allerdings darf dieser Befund nicht als völlige strafrechtliche Bedeutungslosigkeit des quantitativen Aspekts mißverstanden werden. Im Gegenteil:

¹¹ Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 240 ff: „Der einwilligungsnahe Fall als realer Strafzumessungsgrund“;

¹² BGHSt 50, 80 (92); Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 10; Krey/M. Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 108; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 216 Rn. 2; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2005, § 216 Rn. 10; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 7. Aufl. 2006, § 6 Rn. 6; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 216 Rn. 5; Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 30. Aufl. 2006, Rn. 156; a.A. Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 2000, § 3 Rn. 12.

¹³ Zust. Otto, JZ 2005, 799 (800).

¹⁴ LG Kassel a.a.O., zust. Momsen/Jung, ZIS 2007, 162 (163).

¹⁵ LG Kassel a.a.O.

¹⁶ BGHSt 50, 80 (92); dagegen Kudlich, JR 2005, 342.

¹⁷ Urteil des LG Frankfurt, Gründe VI. 2.

¹⁸ Zust. Schiemann, NJW 2005, 2350 (2351); a.A. Kudlich, JR 2005, 342; krit. Kreuzer, MschrKrim 2005, 412 (421); überzeugend gegen den BGH und die h.M. auch Scheinfeld (demnächst in GA).

¹⁹ Neumann (Fn. 12) vor § 211 Rn. 151, § 216 Rn. 22; Rengier (Fn. 12) § 6 Rn. 11.

²⁰ Lackner/Kühl (Fn. 12) § 216 Rn. 5; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 12), § 16 Rn. 3.

²¹ Schiemann, NJW 2005, 2350 (2351).

²² Neumann, JuS 1993, 793 (796); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1-51, 2005, § 17 Rn. 16.

²³ Neumann (Fn. 12) § 17 Rn. 35; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl. 2006, Rn. 428.

²⁴ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 59.

²⁵ Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 24) § 21 Rn. 54.

²⁶ Joecks, Studienkommentar StPO, 2006, § 260 Rn. 17; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, § 24 Rn. 20.

²⁷ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 17 Rn. 8; anders offenbar Joecks (Fn. 22) § 17 Rn. 18.

²⁸ Neumann (Fn. 12) § 17 Rn. 37.

Das *Schuldprinzip* gebietet, daß jeder Straftäter nur nach dem Maß seiner persönlichen Schuld und nicht darüber hinaus bestraft wird.²⁹ Sofern sich also ein unrechts- oder schuld-mindernder Umstand nicht schon in den Strafbarkeitsvoraussetzungen niederschlägt, muß er auf der Rechtsfolgenseite, bei der Strafrahmenwahl (§ 49, § 213 StGB) oder bei der Strafzumessung (§ 46 StGB) zugunsten des Täters verwertet werden.

c) Im Ergebnis kommt es darauf jedoch nicht an, da die Verneinung des § 216 StGB aus einem anderen Grund rechtsfehlerhaft ist: Die Versagung der Privilegierung aus § 216 StGB – evtl. iVm § 16 Abs. 2 StGB – mit der Begründung, das Einverständnis des Opfers sei für M nicht „handlungsleitend“, nicht „Hauptmotivationsgrund“ gewesen, verstößt gegen das prozessuale Beschuldigtengrundrecht „*nemo tenetur se ipsum accusare*“.³⁰ Denn mit der Aufstellung einer derartigen Privilegierungsvoraussetzung zwingt das Gericht den Angeklagten, Tötung und Tötungsvorsatz explizit einzuräumen. Wie anders als durch eine eingehende Rekonstruktion der Tatentschlußgenese kann denn dem Gericht die Überzeugung (§ 261 StPO) davon verschafft werden, daß das Tötungsverlangen des Opfers für den Angeklagten „handlungsleitend“ war? Wer anders, wer sonst als der Angeklagte ist zu dieser Rekonstruktion in der Lage? Der Angeklagte steht also vor dem Dilemma, entweder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, dann aber zu riskieren, daß der Aspekt der Tötung auf Verlangen bei der Urteilsfindung des Gerichts außen vor bleibt, oder sein Innerstes nach Außen zu kehren, in der Hoffnung, damit das Gericht vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 216 StGB zu überzeugen. Nicht nur dann, wenn – wie hier – diese Hoffnung enttäuscht wird, ist die Selbstentblößung eine unfreiwillige Selbstbelastung, vor der das *nemo-tenetur-Prinzip* den Beschuldigten schützt. Der Angeklagte muß immer die Möglichkeit haben, sein Schweigerecht auszuüben, ohne das mit dem Verlust rechtlicher Vorteile bezahlen zu müssen. Das bedeutet, daß das zur Wahrheitsfindung verpflichtete (§ 244 Abs. 2 StPO) Gericht³¹ sich darum bemühen muß, sämtliche Voraussetzungen des § 216 StGB durch Ermittlungsmaßnahmen festzustellen, bei denen eine aktive Mitwirkung des Angeklagten nicht erforderlich ist. Auf keinen Fall darf das Gericht die Nichterfüllung der Voraussetzung „durch das Verlangen bestimmt“ mit dem Hinweis auf Äußerungen des Angeklagten begründen, mit denen dieser gerade versucht, die Erfüllung dieser Voraussetzung darzulegen. Den Tatgerichten LG Kassel und LG Frankfurt lagen hier genügend Äußerungen des getöteten B vor, aus denen der naheliegende Schluß gezogen werden kann, daß M durch ein Tötungsverlangen des B zur Tatbegehung motiviert worden ist. Soweit sich die Strafkammer dennoch nicht restlos davon überzeugt fühlt, muß sie nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ entscheiden.

²⁹ BVerfGE 45, 187 (260); 54, 100 (108).

³⁰ Allgemein zu diesem Grundsatz *Kindhäuser* (Fn. 26) § 6 Rn. 23 ff.

³¹ Für die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gilt gem. § 160 Abs. 2 StPO entsprechendes.

3. Mord, § 211 StGB

Die bisherigen Ausführungen haben bereits gezeigt, daß die Gesamtbewertung der Tat von einigen Umständen beeinflusst wird, die das Urteil über Tat und Täter zu mildern geeignet sind.³² Hinzuzufügen wäre noch das – gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 StGB beachtliche – Verhalten des Täters nach der Tat, insbesondere sein Geständnis und seine kooperative Haltung im Verfahren.³³ Ohne die freiwillige Ermittlungshilfe des Angeklagten und seines Verteidigers hätten die Strafverfolgungsbehörden wahrscheinlich nicht oder jedenfalls wesentlich mühevoller und zeitaufwendiger auf legalem Wege genügend Material für eine Verurteilung zusammentragen können. Droht dem Angeklagten jedoch eine Verurteilung wegen Mordes, droht ihm auch der Verlust der strafrechtlichen Vorteile, die ihm diese mildernden Umstände im Rahmen (fast) jedes anderen Straftatbestandes einbrächten. Damit droht letztendlich auch eine Mißachtung des Schuldprinzips, eine unverhältnismäßige Bestrafung und ein Verstoß gegen das Grundgesetz.

a) Mordmerkmale

Während das LG Kassel bei der Erörterung aller erörterungswürdigen Mordmerkmale zu einem negativen Ergebnis kam, hält das LG Frankfurt – dem BGH folgend – die Merkmale „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ und „um eine andere Straftat zu ermöglichen“ für erfüllt.³⁴

aa) Der Zusammenhang zwischen Tötung und Befriedigung des Geschlechtstriebes werde durch die vom Tötungsakt und den folgenden Schlacht- und Kannibalismus-Szenen hergestellten Videoaufnahmen begründet. M habe diese Aufnahmen angefertigt, um beim späteren Betrachten der Aufnahmen sexuelle Befriedigung zu erlangen.³⁵ Die Tötung des Opfers sei in seinem Plan notwendige Voraussetzung der erstrebten Geschlechtstriebbefriedigung. Da dies vom Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB gedeckt sei³⁶, stehe der Bejahung des Mordmerkmals nicht entgegen, dass M nicht in dem Tötungsakt selbst sexuelle Erregung und Triebbefriedigung suchte.³⁷

bb) Die andere Straftat, zu deren Ermöglichung der Angeklagte getötet habe, sei die Störung der Totenruhe (§ 168 StGB). Unter diesen Straftatbestand subsumieren BGH und

³² Anders *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162, die ihrem „vorläufigen Resümee“ des Falles die Feststellung voranstellen, daß „dem (ersten) Revisionsurteil des Bundesgerichtshofes sowohl vom Ergebnis als auch von dessen Begründung her zuzustimmen“ sei.

³³ *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 46 Rn. 41a.

³⁴ Da nach Ansicht der Strafkammer zwei benannte niedrige Beweggründe vorlagen, kam es auf das Merkmal „sonstige niedrige Beweggründe“ nicht mehr an.

³⁵ BGHSt 50, 80 (87); Urteil des LG Frankfurt, Gründe VI. 4.

³⁶ LG Frankfurt, a.a.O.: „keine unzulässige Ausweitung dieses Mordmerkmals“; zust. *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162 (163).

³⁷ BGHSt 50, 80 (86); zust. *Kudlich*, JR 2005, 342 (343); *Rengier* (Fn. 12) § 4 Rn. 12.

LG Frankfurt übereinstimmend den kannibalistischen Umgang mit dem Leichnam. Durch das Essen des Leichenfleischs werde der Mensch einem Nutztier gleichgestellt.³⁸ Das Schlachten eines Menschen vor laufender Kamera mißachte die „Würde des Menschen als Gattungswesen“.³⁹ Daher vermöge die Einwilligung des Getöteten *trans mortem* das Unrecht des „beschimpfenden Unfugs“ nicht auszuschließen. Denn geschütztes Rechtsgut des § 168 StGB sei nicht – jedenfalls nicht allein – die postmortale Unversehrtheit individueller Rechtsgüter des Verstorbenen, sondern auch bzw. zuvörderst das Pietätsempfinden der Allgemeinheit.⁴⁰ Hinsichtlich dieses überindividuellen Rechtsgutes sei eine rechtfertigende Einwilligung nicht möglich.⁴¹

cc) Diese Subsumtion ist wohl noch gesetzeswortlautverträglich und verstößt somit nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Jedoch ist diese Gesetzesauslegung keine restriktive, sondern eine *extensive*.⁴² Nun ist selbst im Strafrecht gegen eine extensive Gesetzesauslegung rechtlich und verfassungsrechtlich grundsätzlich nichts einzuwenden.⁴³ Auch in ihrer extensiven Form wahrt die Auslegung die Wortlautgrenze und gerät noch nicht in den Bereich der unzulässigen Analogie. Bei der Anwendung des § 211 StGB ist dies jedoch zu relativieren.⁴⁴ Mordmerkmale – und zwar alle, nicht nur „Heimtücke“ und „Verdeckungsabsicht“⁴⁵ – sind *restriktiv* auszulegen.⁴⁶ Da die Verurteilung wegen Mordes zwangsläufig und alternativlos zur Bestrafung mit lebenslanger Freiheitsstrafe führt, muß bei der Feststellung der Strafbarkeitsvoraussetzungen besonders sorgfältig darauf geachtet werden, daß die Bejahung eines Mordmerkmals nicht „automatisch“ ein Strafurteil produziert, das dem Schuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgebot

widerspricht.⁴⁷ Diese Sorgfalt haben – anders als das LG Kassel – sowohl der BGH als auch das LG Frankfurt vermissen lassen. Das LG Kassel hat demonstriert, daß es nicht einmal einer restriktiven Tatbestandsauslegung bedurfte, um die hier unverhältnismäßige lebenslange Freiheitsstrafe zu vermeiden. Der BGH strapaziert stattdessen – ergebnisorientiert – den Gesetzeswortlaut mit einer extensiven Auslegung bis an die Grenze des Vertretbaren.⁴⁸ Das LG Frankfurt schließt sich dem an.

b) *Berücksichtigung mildernder Umstände bei § 211 StGB ?*

aa) *Verfassungsmäßigkeit des § 211 StGB*

Die Verfassungsmäßigkeit des § 211 ist fraglich, weil die Vorschrift die Berücksichtigung unrechts- und/oder schuld-mildernder Umstände außerhalb des vom Wortlaut der Mordmerkmale abgedeckten Bereichs nicht zuzulassen scheint.⁴⁹ Außer Frage steht, daß es solche Umstände gibt.⁵⁰ Der (*Große Senat* für Strafsachen des) BGH selbst hat das anerkannt und eine – umstrittene – „Rechtsfolgenlösung“⁵¹ für Taten kreiert, die den Mordtatbestand erfüllen und gleichwohl nicht den „extremen Unrechts- und Schuldgehalt“⁵² aufweisen, der nach dem BVerfG die Ahndung mit lebenslanger Freiheitsstrafe rechtfertigt. Auch die Begehung eines Mordes kann von mildernden Umständen begleitet sein, die bei fast allen Straftatbeständen⁵³ des geltenden Strafrechts jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung die ihnen gebührende Beachtung finden. Wie bei jeder Straftat, muß auch bei Mord die Strafe ihre Legitimation aus der Gesamtwürdigung aller tat- und täterbezogenen Umstände beziehen. Diese Gesamtwürdigung umfasst die Prüfung aller Strafbarkeitsvoraussetzungen und sonstiger – rechtsfolgenrelevanter – Umstände. Was den Strafwürdigkeitsgehalt, nicht aber die Strafbarkeit der Tat beeinflusst, muß „spätestens“ bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Das ist eine fundamentale Erkenntnis rechtsstaatlichen Strafrechts, kann aber durchaus auch im Wege des Umkehrschlusses aus § 46 Abs. 3 StGB hergeleitet werden: Wenn es falsch ist, einen für die Bestrafung bedeutsamen Umstand doppelt zu verwerten, dann ist es ebenso falsch, ihn überhaupt nicht zu verwerten. Die absolut

³⁸ LG Frankfurt, Gründe VI. 5.; dem BGH zustimmend *Otto*, JZ 2005, 799 (800).

³⁹ BGHSt 50, 80 (90).

⁴⁰ BGHSt 50, 80 (90); *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162 (164); *Gössel/Dölling* (Fn. 9) § 51 Rn. 2.

⁴¹ BGHSt 50, 80 (90); LG Frankfurt a.a.O.; *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162 (164); *Schiemann*, NJW 2005, 2350 (2351); a.A. LG Kassel a.a.O.; *Kudlich*, JR 2005, 342 (343); *Gössel/Dölling* (Fn. 9) § 51 Rn. 3.

⁴² *Kreuzer*, MschrKrim 2005, 412 (422); *Otto*, JZ 2005, 799; *Schiemann*, NJW 2005, 2350 (zum Merkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“).

⁴³ *Eser* (Fn. 12), § 1 Rn. 51.

⁴⁴ *Eser* (Fn. 12), § 211 Rn. 10a.

⁴⁵ Unrichtig BGHSt 42, 301 (304): „Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich bei den Mordmerkmalen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat eine Kollision mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für möglich gehalten“. Vgl. BVerfGE 45, 187 (261): „[...] im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale ‘heimtückisch’ und ‘um eine andere Straftat zu verdecken’ [...]“.

⁴⁶ *Kindhäuser* (Fn. 12), § 2 Rn. 7; *Krey/M. Heinrich* (Fn. 12), Rn. 55 ff.; *Schneider* (Fn. 9), § 211 Rn. 27; *Sonnen*, Strafrecht Besonderer Teil, 2005, S. 7; *Wessels/Hettinger* (Fn. 12), Rn. 133.

⁴⁷ BVerfGE 45, 187 (223); *Lackner*, NSTZ 1981, 348 (349); *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (575); *Gössel/Dölling* (Fn. 9), § 4 Rn. 3; *Kindhäuser* (Fn. 12), § 2 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 12), § 4 Rn. 4.

⁴⁸ *Kreuzer*, MschrKrim 2005, 412 (422); *Scheinfeld* (demnächst in GA); a. A. – allerdings ohne eingehende Auseinandersetzung insbesondere mit der verfassungsrechtlichen Facette dieser Thematik – *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162 ff.

⁴⁹ *Gössel/Dölling* (Fn. 9), § 4 Rn. 1.

⁵⁰ *Küpper*, in: *Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate* (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, 1997, S. 777 (791); *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (574); *ders.*, JR 1988, 165 (166).

⁵¹ BGHSt 30, 105 ff.

⁵² BVerfGE 45, 187 (259).

⁵³ Außer Mord sind noch einige Straftatbestände des Völkerstrafgesetzbuches strafzumessungsresistent.

angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe schließt eine Strafzumessung – und damit die Berücksichtigungsfähigkeit strafzumessungsrelevanter Tatsachen – jedoch aus.⁵⁴ Mildernde Tatsachen, die nicht einem zur Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB führenden Verweisungstatbestand unterfallen (z.B. § 21 StGB), können auf der Rechtsfolgenseite des Mordes also überhaupt nicht verwertet werden.

Aus diesem Grund hatte vor 30 Jahren eine Strafkammer beim Landgericht Verden im Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 GG) eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundgesetzkonformität des § 211 StGB erwirkt.⁵⁵ Das BVerfG attestierte der Strafvorschrift zwar Verfassungsmäßigkeit⁵⁶, verknüpfte dies aber zugleich mit Forderungen an den Gesetzgeber und an die Strafgerichte, deren Befolgung gewissermaßen als Bedingung für die Gültigkeit dieses Attests zu verstehen ist. Die absolute Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe sei nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das Gesetz dem Richter die Möglichkeit eröffne, „bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer Strafe zu kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist“.⁵⁷ Im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB ließen sich unverhältnismäßige Bestrafungen vermeiden.⁵⁸ Offen gelassen hatte das BVerfG, wie eine tatbestandsverengende Auslegung bei den Mordmerkmalen konkret aussehen könne. Dies sei Aufgabe der Strafgerichte, insbesondere des Bundesgerichtshofs.⁵⁹

bb) Restriktionen des § 211 StGB

Das Bemühen um Einschränkung des § 211 StGB im konkreten Fall hatte schon vor der Tendenzentscheidung des BVerfG eine Reihe von Vorschlägen hervorgebracht, die auch im „Kannibalen-Fall“ eine Vermeidung lebenslanger Freiheitsstrafe ermöglicht hätten. Weitere Konstruktionen und gesetzliche Veränderungen sind seitdem hinzugekommen. In dem Urteil des BGH finden sie überhaupt keine⁶⁰, in dem Urteil des LG Frankfurt nur fragmentarisch Resonanz.

(1) Strafbarkeitsvoraussetzungen

Mord-Restriktionen auf der Tatbestandsebene durch positive oder negative Typenkorrektur⁶¹ stoßen in der Rechtsprechung beständig auf Ablehnung.⁶² Auch Teile der Strafrechtswis-

senschaft stehen dieser Methode skeptisch gegenüber.⁶³ Vereinzelt finden sich in der Rechtsprechung des BGH Ansätze einer punktuellen Tatbestandseinschränkung ohne Fundierung in einem Gesamtkonzept.⁶⁴ Beispielsweise kreierte der *I. Strafsenat* vor kurzem in einer vielbeachteten Entscheidung die originelle Idee, das Heimtückemerkmal mit Hilfe von Notwehrewägungen zu verneinen.⁶⁵ Den naheliegenden Schluß, daß diese Einzelentscheidung nur eine Facette des allgemeingültigen Satzes zur Geltung bringt, wonach der Unrechtsgehalt einer Tötung durch rechtfertigungsnah provozierendes, taterleichterndes usw. Opferverhalten unter das Niveau des § 211 StGB gedrückt wird, zogen hingegen weder der BGH noch die Entscheidungsrezensenten. Der Sache nach setzt der BGH per „negativer Typenkorrektur“⁶⁶ einen Lösungsvorschlag um, den *Hans-Ludwig Günther* schon vor zweieinhalb Jahrzehnten auf der Grundlage seiner Habilitationsschrift⁶⁷ unterbreitet hatte: Rechtfertigungsfragmente, die das Unrecht einer vorsätzlichen Tötung nicht vollständig ausschließen, sondern nur mindern, können das Strafunrecht eines Mordes ausschließen mit der Folge, daß die Tat nur das Unrecht eines Totschlags verwirklicht.⁶⁸ Da die Lehre *Günthers* aber selbst in der Strafrechtswissenschaft keine ungeteilte Zustimmung erfahren hat⁶⁹, ist es kein Wunder, daß sie in der Strafrechtspraxis bisher überhaupt keinen Anklang findet. Im „Kannibalen-Fall“ würde sie wohl zur Verneinung des Mordunrechts führen, wenn der getötete B einwilligungsfähig gewesen wäre. Sofern M Einwilligungsfähigkeit des B irrtümlich angenommen haben sollte, käme ihm das gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zugute.

(2) Rechtsfolgen

Einschränkungen der Mordsanktionierung auf der Rechtsfolgenseite könnten an § 213, § 57a StGB und an der übergesetzlichen „Rechtsfolgenlösung“ des BGH anknüpfen. Der Anwendung des – weder vom LG Kassel noch vom LG Frankfurt angesprochenen – § 213 StGB scheint der nur den „Totschläger“ und nicht den „Mörder“ erwähnende Gesetzeswortlaut Schwierigkeiten zu bereiten. Denkbar wäre aber, den Begriff „Totschläger“ auf den Täter eines Mordes auszuweiten, da nach zutreffender Ansicht der Mord nichts anderes als ein qualifizierter Fall des Totschlags ist.⁷⁰ Gegen die Anwendung des § 213 StGB auf den „minder schweren Fall des Mordes“ spricht jedoch das dafür zu niedrige Strafniveau. Der „Sprung“ von der lebenslangen Freiheitsstrafe in die

⁵⁴ BGHSt, 30, 105 (118); *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (574).

⁵⁵ LG Verden NJW 1976, 980 ff.

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (222): „§ 211 StGB ist in dem hier zu prüfenden Umfang nach Maßgabe der folgenden Ausführungen und in der sich daraus ergebenden restriktiven Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.“

⁵⁷ BVerfGE 45, 187 (261).

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (261).

⁵⁹ BVerfGE 45, 187 (267).

⁶⁰ *Kreuzer*, MschrKrim 2005, 412 (418).

⁶¹ Instruktiv dazu *Arzt*, JR 1979, 7 (8); *Schneider* (Fn. 9), § 211 Rn. 35 ff.

⁶² BGHSt 30, 105 (115).

⁶³ *Arzt/Weber* (Fn. 12), § 2 Rn. 15; *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (578); *Schneider* (Fn. 9), § 211 Rn. 38.

⁶⁴ Kritisch dazu *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (577); *Heine*, GA 2000, 305 (311): „Zick-Zack-Kurs“.

⁶⁵ BGHSt 48, 207 ff.

⁶⁶ *Zaczyk*, JuS 2004, 750 (752).

⁶⁷ *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983.

⁶⁸ *Günther*, JR 1985, 268 (270); skeptisch *Hillenkamp*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 141 (151).

⁶⁹ *Weber*, JZ 1984, 276 ff.

⁷⁰ *Küpper* (Fn. 50), S. 777 (793).

Tiefe eines Strafrahmens von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu groß, um dem Gesetzgeber unterstellen zu können, er habe in den Geltungsbereich des § 213 StGB auch Fälle des § 211 StGB einbezogen. Ein Strafrahmen für minder schwere Fälle des Mordes müßte über dem des § 213 StGB liegen.⁷¹ Im übrigen wäre die Anwendung des § 213 StGB auf den Mord auch kein Allheilmittel. Denn nicht jeder mildernde Umstand, nicht jedes Ensemble mildernder Tatsachen reicht aus, um die Strafrahmenabsenkung zu rechtfertigen.⁷² Viele Milderungsgründe sind dafür zu leicht und entfalten ihre Strafmilderungswirkung deshalb allein als Strafzumessungsfaktor im Normalstrafrahmen. Auch im „Kannibalen-Fall“ könnte man darüber streiten, ob die unrechts- und schuldreduzierenden Fakten für eine Charakterisierung der Tat als „minder schwerer Fall des Mordes“ ausreichen oder ob es sich nicht vielmehr um einen milder zu beurteilenden „Normalfall“ des Mordes handelt.

Die sog. „Rechtsfolgenlösung“ hatte der *Große Senat* des BGH (§ 132 GVG) 1981 in verfassungsrechtlich bedenklicher richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt, um in Fällen heimtückischer Tötung die wegen „außergewöhnlicher Umstände“ unverhältnismäßig erscheinende lebenslange Freiheitsstrafe vermeiden zu können.⁷³ Verfassungskonforme Rechtsanwendung gebiete die Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch einen für Strafzumessungserwägungen offenen Strafrahmen⁷⁴, der gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bilden sei⁷⁵. Anders als der BGH ist das LG Frankfurt in seiner Urteilsbegründung auf diese Lösung eingegangen, hat die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit jedoch verneint⁷⁶. Dabei hat die Strafkammer zwar – zu Recht⁷⁷ – nicht darauf abgestellt, daß der *Große Senat* seinerzeit zu seiner Rechtsfortbildung durch einen Fall heimtückischer Begehungsweise inspiriert worden war, im „Kannibalen-Fall“ das Heimtücke-Merkmal hingegen keine Rolle spielt. Sie hat vielmehr – gewiß vertretbar – das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ verneint.

Mit dem Erfordernis „außergewöhnlicher Umstände“ hat der *Große Senat* vor der Rechtsfolgenlösung eine so hohe Schwelle errichtet, daß in Fällen mit leicht- und mittelgewichtigen – vielleicht sogar schwer-, aber nicht schwerstge-

wichtigen – Entlastungsfaktoren⁷⁸ diese Lösung versperrt ist. Damit hat der BGH jedoch das Mordreglement des StGB nicht vom Makel der Verfassungswidrigkeit befreit, sondern im Gegenteil dem Vorwurf des Verfassungsverstoßes weitere Gründe hinzugefügt: Von der hier nicht weiter interessierenden Anmaßung gesetzgeberischer Zuständigkeit ihrer Erfinder abgesehen⁷⁹, krankt die Rechtsfolgenlösung an immanenter Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG⁸⁰: Die Abschichtung „außergewöhnlicher“ Fälle schafft im Bereich „milder“ Mordtaten ein Zwei-Klassen-Strafrecht. Danach gibt es die privilegierte Klasse der Fälle mit außergewöhnlichen mildernden Umständen und die zweite – nicht privilegierte – Klasse der Fälle mit gewöhnlichen mildernden Umständen. Das ist eine Verletzung des Grundrechts auf rechtliche Gleichbehandlung. Ein Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG zeigt sich auch aus einer § 211 StGB mit anderen Straftatbeständen vergleichenden Perspektive: Bei jeder anderen Straftat schlagen sich gewöhnliche Entlastungsfaktoren strafmildernd nieder, entweder in einer für minder schwere Fälle vorgesehenen Strafrahmensenkung oder in einer strafmaßreduzierenden Strafbemessung nach § 46 Abs. 1 StGB. Allein beim Mord soll das nicht möglich sein. Wie das mit Art. 3 GG in Einklang stehen soll, ist nicht zu erklären.

Der 1981 eingeführte § 57a StGB hat an diesem Befund nichts geändert. Mit Zumessung schuldadäquater Strafe hat die Anwendung des § 57a StGB nur entfernt etwas zu tun.⁸¹ Kommt der Verurteilte in den Genuß der Strafrestaussetzung nach § 57a StGB, hat er zwar bis dahin vielleicht eine Strafdauer verbüßt, die seiner Tat angemessen ist. Jedoch mußte er zuvor im Vollzug die gemäß § 57a Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB erforderliche günstige Prognose erarbeiten, die eine Strafrestaussetzung rechtfertigt. Außerdem darf er während der sich anschließenden Bewährungszeit das in ihn gesetzte Vertrauen nicht enttäuschen, anderenfalls die Aussetzung widerrufen wird, § 57a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 56f StGB. Dagegen hat ein Totschläger auch bei schlechtester Führung nicht mehr als die Haftdauer zu verbüßen, die in einem angemessenen Verhältnis zum Strafwürdigkeitsgehalt seiner Tat steht. Das beruht auf § 46 StGB, der bei Verurteilung zu absolut angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe nicht anwendbar ist.

III. Schluß

Das Problem der verfassungsrechtlich gebotenen angemessenen Berücksichtigung unrechts- und schuld mindernder Umstände bei Mord oder bei Tötungen im Einzugsbereich von Mordmerkmalen kann in vielen Fällen ohne gesetzgeberische Maßnahmen – z. B. Einführung obligatorischer Strafmilde-

⁷¹ Nach *Küpper* (Fn. 50), S. 777 (793) hätte die Anwendung des § 213 StGB auf den Mordtatbestand „nicht etwa zur Folge, daß auch dessen Strafrahmen zur Anwendung käme“; dagegen zutr. *Neumann*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 431 (441).

⁷² Umgekehrt BGHSt 30, 105 (118), wonach die „Privilegierung verhältnismäßig leicht zu erreichen ist“.

⁷³ BGHSt 30, 105 ff.

⁷⁴ BGHSt 30, 105 (118).

⁷⁵ BGHSt 30, 105 (121).

⁷⁶ S. 51

⁷⁷ *Günther*, NJW 1982, 353 (358); *Kreuzer*, MschrKrim 2005, 412 (419); *Müller-Dietz*, in: *Eser* (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 248 (257); *Schneider* (Fn. 9) § 211 Rn. 40.

⁷⁸ BGHSt 30, 105 (118): „Allerdings kann nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, genügen.“

⁷⁹ Treffende Kritik daran z. B. bei *Bruns*, JR 1981, 358 (361); *Günther*, NJW 1982, 353 (357).

⁸⁰ Zu Art. 3 GG bereits der Vorlagebeschluß (Art. 100 GG) des LG Verden NJW 1976, 980 f.

⁸¹ *Meurer*, JR 1992, 441 (445); *Müller-Dietz*, Jura 1994, 72 (79).

zung für minder schwere Fälle⁸² – nicht gelöst werden.⁸³ Im „Kannibalen-Fall“ war und ist es lösbar, wie das Urteil des LG Kassel belegt. Nachdem aber der Bundesgerichtshof dies nicht anerkennen wollte, waren für das LG Frankfurt gangbare Wege zu einer verhältnismäßigen Ahndung der Tat versperrt. Es überrascht nicht, daß sich der BGH durch die erneute Revision nicht zum Abrücken von seinem extensiven Standpunkt bewegen ließ. Deswegen ist es notwendig, dem Bundesverfassungsgericht Gelegenheit zu geben, die materiell-strafrechtliche Behandlung des „Kannibalen-Falles“ durch die Strafgerichte einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen.⁸⁴

⁸² *Küpper* (Fn. 50), S. 777 (792); weitere Vorschläge bei *Müller-Dietz*, Jura 1983, 568 (579).

⁸³ *Arzt/Weber* (Fn. 12), § 2 Rn. 23; *Heine*, GA 2000, 305 (319); *Lackner*, NStZ 1981, 348 (350); *Müller-Dietz* (Fn. 77), S. 248 (258); *Rotsch*, JuS 2005, 12 (17); *Schneider* (Fn. 9) § 211 Rn. 47.

⁸⁴ *Kreuzer*, MschrKrim 2005, 412 (425).