

ALBIN ESER

Die vorsätzlichen Tötungstatbestände

Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und
Kriterienanalyse

Die vorsätzlichen Tötungstatbestände

Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse

Von Professor Dr. Albin Eser, M. C. J., und Assessor Hans-Georg Koch,
Tübingen

I. Grundmodelle vorsätzlicher Tötungstatbestände

A) Tatbestandliche Grundstrukturen

1. Die „vorsätzliche Tötung eines Menschen“ als Grundgerüst
2. Abstufungen innerhalb der vorsätzlichen Tötung
 - a) Einstufigkeit
 - b) Zweistufigkeit
 - c) Dreistufigkeit
 - d) Unterstufung
3. Differenzierungstechniken
 - a) Grundtypen
 - b) Mischformen
 - c) Echte Stufung — Strafrahenstufung
4. Elastizitätsgrade zwischen Tatbestand und Rechtsfolge
 - a) Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus
 - b) Weite Strafrahen
 - c) Fakultative Rechtsfolgen
 - d) Regelbeispieltechnik

B) Terminologie

1. „Vorsätzliche Tötung“
2. „Mord“
3. „Totschlag“

C) Typische Regelungsmodelle

II. Qualifizierende Tötungselemente

A) Generelle Kriterien und Leitprinzipien

1. Überlegung bzw. Vorbedacht
 - a) Unterschiedlicher Bedeutungsgehalt
 - b) Unterschiedliche Funktion
 - c) Deutsche Reformgeschichte
2. Handeln ohne Gemütsregung
3. Verwerflichkeitsorientierte Qualifizierungskriterien
4. Gefährlichkeitsorientierte Qualifizierungskriterien

B) Kasuistische Qualifizierungskataloge

1. „Opferbezogene“ Qualifizierungsgründe
 - a) Öffentlich-rechtliche Stellung des Opfers
 - b) Verwandtentötung
 - c) Hilflose Lage des Opfers
2. „Täterbezogene“ Qualifizierungsgründe
 - a) Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht
 - b) Tötung aus materiellen Interessen
 - c) Tötung aus sexuellen Motiven
 - d) Tötung aus Mordlust
 - e) Sonstige konkret beschriebene Zielsetzungen und Motive
 - f) Motivgeneralklausel: „niedriger Beweggrund“
3. „Tatbezogene“ Qualifizierungsgründe
 - a) Begehungsweise: heimtückisch — grausam
 - b) Gefährdung anderer
 - c) Begehung im Zusammenhang mit anderen Straftaten

C) Unbenannte „besonders schwere Fälle“**III. Privilegierende Tötungselemente****A) Gemütsbewegung**

1. Terminologische Vielfalt und unterschiedliche Funktion
2. Gemütsregung als hinreichender Privilegierungsgrund
3. Normative Einschränkungen des Affektkriteriums
4. Dynamik des Affektgeschehens
5. Gesamtschau

B) Provokation

1. Provokation allein oder mit Affekt
2. Art des provozierenden Opferverhaltens
3. Zusammenhang zwischen Provokation und Tötung
4. Mitverschulden des Täters

C) Tatmotivation

1. Motivklauseln als Korrektiv des Überlegungsprinzips
2. Privilegierende Motivkasuistik
3. Privilegierende Motivgeneralklausel
4. Die Kombinationslösung des E 1962
5. Die Fragwürdigkeit allgemeiner Motivklauseln

D) Unbenannte „minder schwere Fälle“**IV. Sondertatbestände: Beispiel „Kindestötung“****1. Täterkreis**

- a) „nichteheliche“ Mutter
- b) „eheliche“ Mutter
- c) Angehörige

2. Psychisch-zeitlicher Affektbereich

- a) Zeit-Faktor
- b) Motiv-Faktor

3. Milderungsgrade — Privilegierungsmodelle

V. Sanktionierung

A) Höchst- und Mindeststrafe

1. Höchststrafe
2. Mindeststrafe
3. Strafrahmenweite

B) Gestaltung des Gesamtstrafrahmens

1. Absolute Androhung der Höchststrafe
2. „Homogene“ und „heterogene“ Strafrahmen
3. Exklusivität oder Teilüberdeckung der Strafrahmen

VI. Schlußbemerkung

Diese Studie verdankt ihre Entstehung einem aktuellen Anlaß: Nachdem durch die Entscheidung des BVerfG zur (bedingten) Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord die *Neuregelung der Tötungsdelikte* besondere Dringlichkeit erlangt hat¹, hat der 53. Deutsche Juristentag dieses Reformanliegen auf das Programm seiner Tagung 1980 in Berlin gesetzt. Wie gewohnt, war für etwaige Empfehlungen ein vorbereitendes Gutachten zur Neuabgrenzung von Mord, Totschlag und Kindestötung zu erstatten². Dabei hat sich, sofern man nicht einfach in eingefahrenen Denkschablonen verharren will, als notwendig herausgestellt, sich zunächst einmal einen Überblick über bisherige Re-

¹ BVerfGE 45, 187. Als nur bedingt verfassungsgemäß ist die lebenslange Freiheitsstrafe deshalb anzusehen, weil sie vom BVerfG davon abhängig gemacht wurde, daß bei ihrer Anwendung der Grundsatz „sinn- und maßvollen Strafens“ gewährleistet ist (S. 228, 253 ff.) und dies nicht zuletzt eine adäquate Abgrenzung zwischen dem (mit „lebenslang“ bedrohten) Mord und dem (mit zeitiger Höchststrafe von 15 Jahren bedrohten) Totschlag voraussetzt (S. 259 ff.). Nimmt man die vom BVerfG zusätzlich geforderte Verrechtlichung der (begnadigenden oder strafrestaussetzenden) Entlassungspraxis hinzu (S. 242 ff.), so kann man in der Tat sogar von einer faktischen Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe sprechen: so namentlich *Schmidhäuser*, JR 1978, 269; vgl. auch *Beckmann*, GA 1979, 441 ff.

² *Eser*, empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?, Gutachten für den 53. Deutschen Juristentag, 1980 (nachfolgend abgekürzt DJT-Gutachten).

formansätze wie auch über die Regelungen in anderen Rechtsordnungen zu verschaffen. Die dabei zutage getretene Vielfalt von Regelungsmodellen hat sich als so umfangreich erwiesen, daß im Gutachten selbst fast nur thesenhaft die wesentlichsten Ergebnisse wiedergegeben werden konnten. Dies nun weiter zu entfalten und im einzelnen zu belegen, ist hier bezweckt. Freilich geht es auch dabei weniger um eine geschlossene Darstellung bestimmter Rechtsordnungen oder Reformentwürfe, geschweige um eine abschließende Bewertung bestimmter Lösungsansätze oder Einzelkriterien; im Vordergrund steht vielmehr die Herausarbeitung des Modellhaft-Typischen: die Gemeinsamkeiten oder Unterschiede bestimmter Regelungstypen (I), die Charakteristika oder Spezifika qualifizierender (II) und privilegierender Merkmale (III), insbesondere auch bei Kindstötung (IV), sowie Arten oder Abarnten in der Sanktionierung (V). Denn so wichtig zunächst das Erkennen der Vielfalt ist, um gegenüber scheinbar „Naturgegebenem“ das Problembewußtsein zu erweitern, so wichtig wird sodann das Strukturieren der Vielfalt, um Entscheidungsalternativen vorzubereiten³.

· I. Grundmodelle vorsätzlicher Tötungstatbestände

A) Tatbestandliche Grundstrukturen⁴

1. Die „vorsätzliche Tötung eines Menschen“ als Grundgerüst

Fragt man nach dem allgemeinsten Grundgerüst, auf dem alle Tötungstatbestände aufbauen, so ist es die *vorsätzliche Tötung*

³ Daher war auch Vollständigkeit weder angestrebt noch erforderlich. Deshalb wurden insbesondere der anglo-amerikanische Rechtskreis, der sich aufgrund seiner andersartigen Gesetzestechnik und Justizstruktur von den kontinentalen Rechtskreisen wesentlich unterscheidet, nur bei signifikanten Gemeinsamkeiten oder Besonderheiten berücksichtigt. Bemerkenswerte Ansätze zu einem (wenngleich noch recht selektiven) Typisierungsversuch finden sich bei *Jescheck* in *H.-H. Jescheck/O. Triffterer* (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, 1978, S. 134 ff., während bei *R. König*, *Materialien zur Strafrechtsreform II*, 1954, S. 209 ff. hinter einer nur vordergründig eingeteilten Materialanhäufung eine typisierende Strukturierung nicht zu erkennen ist.

⁴ Soweit hier und im folgenden auf §§ mit dem Zusatz StGB verwiesen wird, sind solche des derzeit geltenden (bundesdeutschen) StGB gemeint; mit RStGB ist seine Urfassung vom 13. 5. 1871, mit StGB 1941 seine Novellierung durch das Gesetz vom 4. 9. 1941 bezeichnet (näher zu diesen Fassungen *Eser*, DJT-Gutachten § 2 I, II). Bei Verweis auf andere Länder ist, falls nicht anders angezeigt, das jeweils geltende StGB gemeint.

eines Menschen⁵, und zwar eines anderen⁶. Da mit diesem Generalnennen zugleich der lückenlose Schutz fremden Lebens umschrieben ist, findet sich heute — über alle noch zu betrachtenden Besonderheiten hinweg — der Sache nach in nahezu jedem Strafgesetzbuch eine Norm des Inhalts: „Wer einen Menschen tötet, wird ... bestraft“⁷.

Würde man sich jedoch damit begnügen, so wäre verkannt, daß hinter einer vorsätzlichen Tötung in aller Regel mehr steht als nur das wissentliche und willentliche Töten eines Menschen, nämlich daß sie — um ein bekanntes Wort Franz von Liszt's abzuwandeln — auch „die Tötung des Täters“ ist: sei es, daß der Anlaß oder das Motiv, der Zweck oder die Begehungsweise, die Täter- und Opferpersönlichkeit oder ihre Beziehung zueinander, die Tat prägen und damit nach einer unterschiedlichen Wertung rufen, oder sei es, daß besondere general- oder spezialpräventive Bedürfnisse nach unterschiedlicher Sanktionierung verlangen⁸. Deshalb verzichtet kein Gesetzgeber darauf, durch differenzierende Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtsfolge gewisse Gewichtungen gesetzlich festzuschreiben, und sei es auch nur dadurch, daß etwa die Kindestötung und/oder die Tötung auf Ver-

⁵ Diese schon von Sax, ZStW 64 (1952), 393, 400 ff. zu §§ 211—213, 216, 217 StGB getroffene Feststellung gilt naturgemäß für alle Rechtsordnungen.

⁶ Denn sofern auch die Selbsttötung bzw. die Beteiligung daran miterfaßt sein soll, geschieht dies jeweils durch zusätzliche Tatbestände: vgl. GE 1911 § 257; E Radbruch 1922 § 211, E 1925 § 224, E 1927 § 248, E 1930 § 248, E 1936 § 110, E Schröder (= Regelungsvorschlag von H. Schröder, Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte, in: Materialien zur Strafrechtsreform. Bd. I, 1954, S. 293), AE § 103, E Lackner-Sem. § 215 (= vom Seminar Lackner erarbeiteter Regelungsvorschlag, JZ 1977, 503); rechtsvergleichend vgl. u. a. Brasilien Art. 122, Dänemark § 240, Griechenland Art. 301, Italien Art. 580, Japan § 202, Niederlande Art. 294, Österreich § 78, Polen Art. 159, Portugal Art. 354, Rumänien Art. 468 II, Schweiz Art. 115, Spanien Art. 409, Ungarn § 255. Vgl. allerdings auch Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, 1974, S. 811 ff., demgegenüber aber Roxin, Dreher-Festschrift, 1977, S. 331, 336 f. m. w. N.

⁷ Und sei es in der Form, daß der allgemeine Tötungstatbestand zugleich ein negatives Merkmal enthält, wie etwa Tötung „ohne Mörder zu sein“ (§ 212 StGB) bzw. wenn der Täter die Tötung „nicht mit Überlegung ausgeführt hat“ (§ 212 RStGB), oder tötet, „ohne daß eine der besonderen Voraussetzungen der nachfolgenden Artikel zutrifft“ (Schweiz Art. 111). Immerhin weisen aber solche Tatbestandsformulierungen zugleich auf die Existenz zumindest eines weiteren Tötungstatbestandes hin, ohne jedoch für die damit gebotene Abgrenzung — über die Vorsätzlichkeit der Tötung hinaus — weitere positive Kriterien zu nennen.

⁸ Näher zu diesem Differenzierungsbedürfnis Eser, DJT-Gutachten § 5 III.

langen aus einem allgemeinen Tötungstatbestand herausgelöst wird⁹. Die Frage jedoch ist, inwieweit darüber hinaus die Gewichtung und Sanktionierung völlig der richterlichen Einzelfallentscheidung überlassen oder durch *gesetzliche Differenzierung* vortstrukturiert sein soll. Hier beginnt die Vielfalt von Besonderheiten, wobei sowohl hinsichtlich des *Differenzierungsgrades* und der *Differenzierungstechnik* als auch der *Differenzierungskriterien* unterschiedliche Typizitäten festzustellen sind.

2. Abstufungen innerhalb der vorsätzlichen Tötung

Versucht man die Vielfalt tatbestandlicher Erscheinungsformen, in denen uns die vorsätzliche Tötung in den verschiedenen Rechtsordnungen und Reformentwürfen entgegentritt, zunächst einmal auf gewisse Grobstrukturen zurückzuführen, so sind im wesentlichen drei *Grundmodelle unterschiedlichen Differenzierungsgrades* auszumachen:

a) Einstufigkeit

Als „einstufig“ lassen sich Regelungen bezeichnen, die innerhalb der Tötungsdelikte¹⁰ weder einen milder noch einen strenger zu bestrafenden Bereich ausgliedern: Alle Erscheinungsformen vorsätzlicher Tötung werden in einem *Einheitstatbestand* erfaßt.

Freilich findet sich eine solche Einstufigkeit, soweit aus den hier untersuchten Rechtsordnungen ersichtlich, nirgends in reinster Form verwirklicht. Denn selbst soweit man ansonsten die vorsätzliche Tötung durch einen Einheitstatbestand zu erfassen versucht, erfahren zumindest die Kindestötung und/oder die Tötung auf Verlangen (bzw. teils auch die Teilnahme an einer Selbsttötung) eine besondere Regelung¹¹. Traditionell werden jedoch solche „Sondertatbestände“ durchwegs aus der Diskussion um die Abstufung der Tötungsdelikte herausgehalten, um die Unterschiede in der Behandlung des „allgemeinen“ Tötungsbereichs deutlicher hervortreten zu lassen. In diesem Sinne soll auch hier verfahren werden, so daß man die Tatbestandsstruktur der Tötungsdelikte von Dänemark, Island und der Tschechoslowakei durchaus als „einstufig“ bezeichnen kann¹².

⁹ Vgl. u. zu Anm. 11.

¹⁰ Also ohne Rücksicht auf etwaige Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgründe im Allgemeinen Teil: dazu u. 3 c) bei Anm. 26.

¹¹ Vgl. einerseits CSSR § 219 f., wo nur die Kindestötung, andererseits Japan VE 1961 § 268 f., wo nur die Tötung auf Verlangen (einschließlich der Anstiftung oder Beihilfe zur Selbsttötung) eine Sonderregelung erfährt, bzw. Dänemark §§ 238–240 und Island §§ 212–214, wo jeweils beide Tötungstypen gesondert geregelt sind.

¹² Vgl. CSSR § 219, Dänemark § 237, Island § 211 sowie Japan VE 1961 § 268. — Im übrigen ist jedoch nicht einmal die Sonderregelung der in Frage stehenden Tötungstypen zwingend vorgegeben: vgl. etwa § 211 III

b) Zweistufigkeit

Demgegenüber werden bei zweistufiger Aufteilung vom Grundtatbestand entweder die schwerer oder die milder zu bestrafenden Fälle abgeschichtet. Dabei kann man von *qualifikationsbezogener* Zweistufigkeit sprechen, wenn der Grundtatbestand den milderen bis mittleren Bereich umfaßt und von ihm die Tötung unter erschwerenden Umständen abgeschichtet wird¹³. Um *privilegierungsbezogene* Zweistufigkeit handelt es sich demgemäß, wenn der Grundtatbestand die mittleren bis schwersten Tötungen abdeckt und die minder schweren Fälle abgehoben sind¹⁴.

c) Dreistufigkeit

Dreistufige Regelungen zeichnen sich schließlich dadurch aus, daß von einem Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung sowohl schwerere Fälle aufgestuft als auch mildere Fälle abgestuft werden¹⁵.

d) Unterstufung

Vielfach führt das Differenzierungsbemühen des Gesetzgebers nicht nur zur Herausarbeitung einheitlicher qualifizierter bzw. privilegierter Fälle vorsätzlicher Tötung, sondern es werden selbst innerhalb des Qualifizierungs- bzw. Milderungsbereichs noch Unterstufen verschiedener Schwere ausgebildet¹⁶. Da es für die Einordnung einer Regelung als zwei- oder dreistufig allein

E *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 463, wo Kindestötung und Tötung auf Verlangen in die allgemeine Privilegierungsstufe eingegliedert sind, bzw. AE § 100 III Nr. 2, wo dies für die Kindestötung geschieht. Immerhin sprechen aber gewichtige Gründe jedenfalls für eine Sonderregelung der Tötung auf Verlangen (vgl. *Eser*, DJT-Gutachten § 6 III 1 b), während sich die Kindestötung durchaus sachgerecht in den Privilegierungstatbestand eingliedern läßt (*Eser*, DJT-Gutachten, § 6 III 3; vgl. auch u. IV).

¹³ Als Beispiele seien genannt: VE 1909 §§ 212 ff., E 1913 §§ 279 f., E 1919 §§ 282 f., E 1927 §§ 245 f., Italien Art. 575 ff., Niederlande Art. 287 ff., Rumänien Art. 174 f., Kuba Art. 314, 316 f.

¹⁴ Beispiele: E *Radbruch* §§ 218 f., E 1925 §§ 221 f., AE § 100, E *Friedrich/Koch* § 211, Griechenland Art. 299, Polen Art. 148, Österreich §§ 75 f.

¹⁵ Genannt seien hier nur Brasilien Art. 121, Bulgarien Art. 115 ff., Portugal Art. 349 ff., Türkei Art. 448 ff., UdSSR Art. 102 ff. und Ungarn §§ 166 f., sowie — besonders prägnant wegen Übertragung der Trichotomie auch in die gesetzlichen Überschriften — Schweiz Art. 111—113.

¹⁶ Beispiele für den qualifizierenden Bereich finden sich im RStGB 1871 (§§ 211, 214 f.) bzw. Rumänien Art. 175 f., für den privilegierenden Bereich in österr. E 1912 § 268 und E 1962 § 134 II, III.

darauf ankommt, daß nach „oben“ und/oder „unten“ auf- bzw. abgestuft wird, und nicht auch darauf, wie komplex eine Stufe strukturiert ist, sind Unterstufen hierfür ohne Bedeutung.

3. Differenzierungstechniken

Um solche Auf- oder Abstufungen vorzunehmen, bedienen sich die Gesetzgeber grundsätzlich der gleichen, und zwar der auch sonst zur Abwandlung eines Grunddelikts bekannten Techniken.

a) Grundtypen

Ohne damit irgendeine Wertung zu verbinden¹⁷, sind als Grundtypen zu nennen:

— *Tatbestandliche* Abwandlungen des Grunddelikts durch *generelle* Kriterien, wie z. B. in Gestalt einer „Überlegung“ auf qualifizierender oder in Form der „entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ auf privilegierender Seite¹⁸;

— *tatbestandlich-kasuistische* Abwandlungen des Grunddelikts, wie sie vor allem zur Hervorhebung erschwerter Tötungsfälle¹⁹, in geringerem Umfang aber auch zur Abschwächung minder schwerer Tötungen gebräuchlich sind;

— Abwandlungen durch *Strafzumessungsregeln* in Gestalt besonders schwerer bzw. minder schwerer Fälle²⁰, die zumeist in einer AT-Bestimmung deliktsübergreifend begrifflich näher bestimmt sind²¹.

b) Mischformen

Diese Grundtypen lassen sich auch miteinander kombinieren. Bei den so entstehenden Mischformen handelt es sich einmal um das additive *Nebeneinander* von *Kasuistik* und *generellem Kriterium*, wie man es vor allem in Gestalt kasuistischer Ergänzung

¹⁷ Siehe dazu Eser, DJT-Gutachten, § 5 III 1.

¹⁸ Dazu u. II. A), III.

¹⁹ Dazu u. II. B).

²⁰ Vgl. etwa VE 1909, wo sowohl bei Mord (§ 212) wie auch bei Totschlag (§ 213) mildernde Umstände vorgesehen sind. Der unbenannte „besonders schwere Fall“ des Totschlags taucht zum ersten Mal in E 1913 § 279 II auf.

²¹ Und sei es auch nur so wenig aussagekräftig wie in § 82 II VE 1909, wonach mildernde Umstände vorliegen, „wenn die für Milderung der Strafe sprechenden Gründe überwiegen“.

gen des Überlegungsprinzips²² vorfindet. Hierher zu zählen ist aber auch das Verfahren, einzelne kasuistische Merkmale oder ein generelles Kriterium zur *Exemplifikation besonders* bzw. *minder schwerer Fälle* zu verwenden, wie es Schröder²³ vorgeschlagen hat.

Darüber hinaus gehören hierher jene Verbindungen von generellem Kriterium und kasuistischer Aufzählung, wie sie als „*Typenkorrektur*“ bekannt sind. Dieses Prinzip ist zunächst zur Interpretation des gegenwärtig geltenden § 211 in verschiedenen Nuancen²⁴ entwickelt worden. Inzwischen wurde der Vorschlag gemacht, es in der Variante der „positiven“ Typenkorrektur ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen, um ihm so zum Durchbruch in der Praxis zu verhelfen²⁵.

c) Echte Stufung — Strafrahenstufung

Je nachdem, welcher Differenzierungstechnik der Gesetzgeber den Vorzug gibt, entscheidet er sich für eine strenge bzw. mehr oder weniger elastische Form der Auf- und Abstufung. Je strenger die Differenzierung ausgestaltet ist, desto deutlicher werden im Gesetz selbst Vorabwertungen vollzogen. Umgekehrt: Je elastischer das Verfahren, desto größere Freiräume sind dem Richter bei der Einordnung der von ihm zu beurteilenden Tat eingeräumt.

Es empfiehlt sich, von einer *echten Stufung* nur dann zu sprechen, wenn auch bei den Abwandlungen des Grunddelikts Voraussetzung und Rechtsfolge tatbestandlich streng bestimmt und miteinander verknüpft sind. Beruht dagegen die Abschichtung lediglich auf (unbenannten) besonders schweren bzw. minder schweren Fällen, so stellt zwar der Gesetzgeber verschiedene Strafrahen zur Verfügung, überläßt es aber ganz dem Richter,

²² So von den deutschen Reformentwürfen insbes. E 1962 § 135, der freilich sowohl, was die Verbindung von Überlegungsprinzip und Kasuistik angeht, als auch bezüglich seiner Konstruktion, das Überlegungsprinzip als relatives Mordmerkmal einzusetzen, in dem Vorschlag von *Merzbach*, *Der Mord und seine Behandlung nach geltendem deutschen Recht*, Diss. Erlangen 1903, S. 45, einen Vorläufer hat. Vgl. auch Bulgarien Art. 116, Italien Art. 576 f., Portugal Art. 351, sowie neuerdings Rumänien Art. 175 a) und Kuba Art. 315 e).

²³ *Schröder* Mat. I S. 293.

²⁴ Vgl. dazu *Eser*, in *Schönke/Schröder*, StGB, 20. Aufl. 1980, § 211 Rn. 10 m. w. N.

²⁵ *Otto*, *Straftaten gegen das Leben*, ZStW 83 (1971), 79. Vgl. auch schon *Nds.* (= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1956 ff.) Bd. V, S. 296.

welche Fälle in welchen Bereich eingeordnet werden sollen: Nur noch das Ergebnis, nicht mehr die Voraussetzungen einer Einstufung sind im Gesetz mitgeteilt. Bei dieser Technik sollte besser nicht mehr von einer „Stufung“ gesprochen werden²⁶.

Dazwischen liegen jene Differenzierungstechniken, denen es zwar an tatbestandlicher Strenge mangelt, wo aber immerhin dem Richter gewisse Vorgaben für die Einordnung des Einzelfalles gemacht sind, wie z. B. bei Regelbeispielen und Kann-Bestimmungen²⁷. Um ihre Stellung zwischen tatbestandlich ausgestalteter Stufung und ungestuftem Einheitstatbestand zu charakterisieren, empfiehlt es sich, sie als Techniken der *Strafrahmenstufung* zu bezeichnen.

Für welche Technik sich ein Gesetzgeber entscheidet, dafür gibt letztlich seine Vorstellung von der Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative den Ausschlag. Er kann bei Auf- und Abstufung verschiedene Wege gehen²⁸. Er kann aber auch — sei es in Verbindung mit der Ausbildung von Unterstufen, sei es ohne weitere solche Differenzierung — verschiedenartig ausgestaltete Strafänderungsgründe nebeneinander verwenden²⁹.

4. Elastizitätsgrade zwischen Tatbestand und Rechtsfolge

Die unterschiedliche Durchlässigkeit, wie sie vorangehend schon zwischen den verschiedenen Abstufungstechniken sichtbar geworden ist, wird noch weitaus vielfältiger, wenn man auch die unterschiedlich flexible Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge miteinbezieht. Ohne damit dem Sanktionierungsüberblick

²⁶ Noch viel mehr gilt dies natürlich dort, wo Strafrahmenverschiebungen erst über AT-Bestimmungen erreicht werden können, da dann dem Richter auch noch die Aufgabe zukommt, über die Anwendbarkeit solcher Vorschriften im Rahmen der Tötungsdelikte zu befinden. Dies scheint z. B. bezüglich Schweiz Art. 64 nicht restlos geklärt zu sein, vgl. dazu die Vorentwürfe der Expertenkommission zur Revision des schweiz. StGB, im Vorgriff auf ihre bevorstehende Veröffentlichung nachfolgend zitiert schweiz. E 1980, Begr. S. 9 sowie *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht BT I, 2. Aufl. 1978, S. 31.

²⁷ Näher dazu u. 4 c) u. d).

²⁸ Indem z. B. kasuistische Aufstufung und generelle Abstufung miteinander verbunden werden, wie dies etwa in Ungarn §§ 166 f. geschieht.

²⁹ So z. B. in § 213 StGB: Nebeneinander von kasuistischer Abstufung (Provokation) und privilegierender Strafrahmenstufung (sonst minder schwerer Fall) bzw. in den Unterkommissions-Vorschlägen Nds. XIII S. 662 f.: Nebeneinander von kasuistischer Aufstufung (Mordmerkmale) und qualifizierender Strafrahmenstufung durch Kann-Bestimmungen.

(u. V) vorgreifen zu wollen, wäre zur Abrundung des Bildes typischer Regelungsmodelle jedenfalls auf folgende Verknüpfungstypen unterschiedlicher Elastizität hinzuweisen:

a) Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus

Am engsten und zugleich starrsten ist die Verbindung dort, wo an die Voraussetzung a zwingend die Rechtsfolge b geknüpft ist: so jedenfalls bei absoluter Strafandrohung für einen Mordtatbestand, der *begrifflich* abgegrenzt (z. B. durch das Überlegungsmoment)³⁰ oder durch eine exklusive Kasuistik umschrieben ist³¹, während das Abheben auf ein generelles Kriterium (z. B. auf die „Verwerflichkeit der Gesinnung“)³² selbst bei absoluter Strafandrohung eine gewisse Durchlässigkeit bietet.

b) Weite Strafrahmen

Am anderen Ende der Elastizitätsskala stehen jene Regelungen, in denen — trotz gesetzlicher Vorabwertung durch bestimmte Tatbestandsstufen — jedenfalls innerhalb der einzelnen Abstufung durch Einräumung eines Strafrahmens dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gegeben ist³³. Dabei kann dieser gelegentlich noch durch allgemeine Schärfungs- und Milderungsgründe im AT nicht unerheblich erweitert sein³⁴.

c) Fakultative Rechtsfolgen

Zwischen jenen beiden Extremen eines gesetzlichen Tatbestands-Rechtsfolge-Mechanismus (a) einerseits und eines weiten richterlichen Sanktionsermessens (b) andererseits steht der Fall, daß zwar sowohl eine Qualifizierungskasuistik vorgegeben und dafür auch eine absolute (weil nicht strafrahmenoffene) Strafe eingeräumt wird, deren Verhängung jedoch durch bloße *Kann-Bestimmungen* in das Ermessen des Gerichts gestellt ist³⁵.

Damit wird einerseits klargestellt, daß nur in den vom Gesetz genannten Fällen die qualifizierte Rechtsfolge in Betracht

³⁰ So in § 211 RStGB.

³¹ So § 211 StGB in der Interpretation des BGH (vgl. insbes. BGHSt. 9, 389 ff.).

³² So Schweiz Art. 112.

³³ Vgl. z. B. Brasilien Art. 121, Niederlande Art. 287 ff., Österreich §§ 75 f., UdSSR Art. 102 ff., Ungarn §§ 168 f.

³⁴ Vgl. z. B. Österreich §§ 33 ff., 41.

³⁵ So die für besonders schwere Fälle angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe in AE § 100 II bzw. die Todesstrafe in § 112 II DDR. Vgl. auch Nds. XIII S. 622 f. (§ 140 II i. d. F. der 2. Alternative der Unterkommis-sions-Vorschläge).

kommt, andererseits aber nicht festgelegt, nach welchen Kriterien der Richter sein Verhängungsermessen — positiv oder negativ — auszuüben hat: „Nur aber nicht immer-Prinzip“.

d) Regelbeispieltechnik

Zwar noch fakultativ, aber von der Voraussetzungsseite her doch weitaus stärker gebunden ist die Rechtsfolge dort, wo das Strafrahmenermessen durch Regelbeispieltechnik vorstrukturiert ist. Freilich ist im Bereich der Tötungsdelikte diese Technik bislang nirgends in ihrer reinen, insbes. von § 243 StGB her bekannten Form verwirklicht oder vorgeschlagen, sondern stets in mehr oder weniger modifizierter Weise³⁶:

aa) So wird in den Vorschlägen der Strafrechtskommission von 1933/36³⁷ die besondere Verwerflichkeit der Tötung durch Regelbeispiele konkretisiert, statt den sonst üblichen Terminus des „besonders schweren Falles“ zu gebrauchen. Angesichts des schillernden Begriffs der „besonderen Verwerflichkeit“ dürften jedoch sachliche Unterschiede zum unbenannten besonders schweren Fall kaum bestehen.

bb) Der E *Lackner*-Sem. unterscheidet sich von der gewöhnlichen Regelbeispieltechnik dadurch, daß zwar trotz Vorliegens eines Regelbeispiels aufgrund Gesamtbewertung ein besonders schwerer Fall verneint, nicht aber umgekehrt bei Nichtvorliegen eines Regelbeispiels ein „atypischer“ besonders schwerer Fall bejaht werden kann: Während sich die klassische Regelbeispiel-Technik als „weder nur noch immer-Prinzip“ beschreiben läßt, handelt es sich hier um ein „nur aber nicht immer-Prinzip“. Damit soll der Garantiefunktion des Tatbestands und dem Bestimmtheitsgebot stärkere Beachtung geschenkt werden³⁸.

B) Terminologie

Die mit der strukturellen Auf- oder Abstufung häufig verknüpfte Etikettierung als „Mord“, „Totschlag“ oder „vorsätzliche Tötung“ bedarf einer gesonderten Betrachtung. Denn eine Stufung kann zwar, muß aber nicht zwingend zu einer entsprechenden Kennzeichnung führen. Während durch Stufung und Unterstufung der Gesetzgeber anhand verschiedener Strafraahmen fest schreibt, welche Gewichtungen dem Richter vorgegeben werden,

³⁶ Der Regelbeispielfunktion sehr nahe kommen bereits die gegenwärtigen Mordmerkmale, wenn man — wie etwa die Lehre von der „negativen Typenkorrektur“ interpretiert werden könnte — § 211 als Exemplifizierung des § 212 II versteht: vgl. *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 461.

³⁷ Über die Verhandlungen dieser in den Jahren 1933—36 tagenden Kommission wird berichtet bei *W. Graf v. Gleispach*, Tötung, in: *F. Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 1936, S. 371 ff. (nachfolgend zitiert E StrK 1936). Vgl. dazu auch u. Anm. 88 f.

³⁸ *Lackner*, JZ 1977, 503 f.

sorgt das beigeordnete Begriffssystem mehr für das *Plakative*, für die Etikettierung von Tat und Täter. Deshalb ist bei Reformüberlegungen neben der Stufungsfrage jeweils zu bedenken, ob sich die Verwendung der genannten Termini auch weiterhin empfiehlt und inwieweit durch den Sprachgebrauch ihre Bedeutung festgelegt ist. Doch auch dazu ergibt sich aus dem deutschen Sprachraum³⁹, daß dem Reformgesetzgeber mehr Gestaltungsfreiheit gegeben sein dürfte, als auf den ersten Blick zu erwarten ist.

1. „Vorsätzliche Tötung“

Dieser Terminus steht häufig für die Sachgesamtheit, sei es, daß er — außerhalb des Gesetzestextes — als Oberbegriff dient⁴⁰, oder aber auch, daß er als einzige Gesetzesbezeichnung fungiert⁴¹. Bisweilen wird damit aber auch der Mittelbereich zwischen qualifiziertem „Mord“ und privilegiertem „Totschlag“ bezeichnet⁴².

2. „Mord“

Wo — in Fachsprache wie im Alltagsgebrauch — von „Mord“ gesprochen wird, bezeichnet man damit jedenfalls auch die am schwersten eingeschätzten vorsätzlichen Tötungen. Im Zusammenhang mit der Stufungsfrage ergeben sich daraus verschiedene Möglichkeiten der Verwendung des Wortes „Mord“:

³⁹ Schon um sich nicht in etymologischen und übersetzungstechnischen Problemen zu verlieren, beschränkt sich die Untersuchung hier auf diesen Sprachraum.

⁴⁰ So die deutsche Rechtssprache zur Beschreibung der *lex lata*.

⁴¹ So in AE (§ 100) und im E *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 463, ebenso wohl Otto, ZStW 83 (1971), 79. In der deutschen Reformdiskussion hat erstmals v. Liszt vorgeschlagen, im Gesetz nicht mehr von „Mord“ und „Totschlag“, sondern nur noch von „vorsätzlicher Tötung“ zu sprechen (Verbrechen und Vergehen wider das Leben, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen u. Ausländischen Strafrechts, Bes. Teil [= VDB], Bd. 5, 1905, S. 70 ff., 78). Überwiegend wird jedoch auch in den deutschen Reformvorschlägen an der dualistischen Verwendung von „Mord“ und „Totschlag“ festgehalten (vgl. z. B. *Wachenfeld*, Die Begriffe von Mord und Totschlag, 1890, S. 296; *Merzbach* (Anm. 22), S. 45; E *Lackner-Sem.*, JZ 1977, 503, ebenso alle amtlichen Entwürfe vom VE 1909 bis zum E 1962). Ganz aus dem Rahmen fällt allerdings der Vorschlag v. *Holtzendorffs*, Das Verbrechen des Mordes, 1875, S. 275, der die „normale“ vorsätzliche Tötung als „Mord“ und die provozierte Affekttötung als „Totschlag“ bezeichnet, dagegen sowohl die (kasuistische) Qualifizierungsstufe wie auch die (privilegierte) Tötung nach vorangegangener schwerer Beleidigung nicht eigens benennt.

⁴² So Art. 111 Schweiz, ebenso Art. 111 schweiz. E 1980. Diese Begriffstrias geht auf einen Vorschlag der den VE 1896 erarbeitenden Expertenkom-

— *ausschließlich für qualifizierte Tötungsfälle, aber auch für alle diese*⁴³;

— *ausschließlich für qualifizierte Tötungsfälle, aber nur für einen Teil von ihnen*⁴⁴;

— *unter Verzicht auf qualifizierende Abstufung als Sammelbezeichnung für alle nicht-privilegierten vorsätzlichen Tötungen bei privilegiierungsbezogener Zweistufigkeit*⁴⁴.

— *Zwar bislang im deutschen Sprachraum fachterminologisch nicht gebräuchlich, aber nicht ohne umgangssprachliche Bezüge wäre die Verwendung des Wortes „Mord“ für alle vorsätzlichen Tötungen im Rahmen einstufiger Lösungen*⁴⁴.

Für eine *Neuregelung* ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Der Gebrauch des Wortes „Mord“ ist nicht zwingend vorgegeben. Greift man darauf zurück, so ist damit nicht schon eine Verpflichtung eingegangen, besonders schwere Tötungen wie im geltenden deutschen Strafrecht durch qualifizierende Merkmale hervorzuheben, geschweige denn eine Festlegung auf bestimmte qualifizierende Merkmale verbunden. Daher würde dem Sprachgebrauch allenfalls zuwiderlaufen, bei mehrstufigen Lösungen ausgerechnet die privilegierte Tötung als „Mord“ bezeichnen zu wollen.

3. „Totschlag“

Auch das im Alltagssprachgebrauch nie besonders populär gewordene Wort „Totschlag“ wird fachterminologisch in verschiedener Bedeutung gebraucht. Im geltenden StGB steht es für alle Fälle vorsätzlicher Tötung, die nicht Mord sind⁴⁷, im schweizStGB

mission zurück, die Dreistufigkeit auch in den Marginalien zum Ausdruck zu bringen. Auch die Alternative, allein von „vorsätzlicher Tötung“ zu sprechen, wurde erwogen (vgl. Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der Expertenkommission über den VE zu einem schweiz. StGB, 1. Bd. 1896, S. 322 f.).

⁴³ Vgl. Art. 112 Schweiz.

⁴⁴ So z. B. § 211 RStGB.

⁴⁵ Vgl. § 75 Österreich.

⁴⁶ So auch die deutsche Übersetzung der amtlichen Überschrift des (einstufigen) CSSR § 219 in der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher.

⁴⁷ §§ 212, 213 StGB. Ebenso Österreich § 76 auf der Grundlage privilegiierungsbezogener Zweistufigkeit.

für alle privilegierten Fälle⁴⁸. Auch hier ist daher dem Reformgesetzgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit gegeben. Nur eine Regelmäßigkeit bleibt zu beachten: Wird von „Totschlag“ gesprochen, dann jedenfalls auch zur Erfassung minder schwerer vorsätzlicher Tötungen.

C) Typische Regelungsmodelle

Nimmt man die Abstufungsfrage (A) und die begriffliche Etikettierung (B) zusammen, so kann man zusammenfassend folgende Regelungsmodelle unterscheiden (wobei zur besseren Übersichtlichkeit etwaige Unterstufungen zunächst außer Betracht bleiben sollen):

— *Einstufige* Lösungen in Gestalt eines Einheitstatbestandes „vorsätzlicher Tötung“⁴⁹ oder „Mord“⁵⁰.

— *Zweistufige* Lösungen ohne begriffliche Differenzierungen⁵¹.

— *Zweistufige* Regelungen mit *dualem Begriffssystem*, d. h. unter Verwendung der Worte „Mord“ und „Totschlag“, in Gestalt qualifikationsbezogener⁵² oder privilegierungsbezogener⁵³ Zweistufigkeit.

— *Dreistufigkeit* der Tötungsdelikte ohne begriffliche Differenzierung⁵⁴.

— *Dreistufigkeit* in Verbindung mit *dualem Begriffssystem*, wobei „Mord“ wie im österr. E 1912⁵⁵ §§ 285 ff. Grundtatbestand

⁴⁸ Art. 113 Schweiz. — Im Reformvorschlag v. *Holtzendorff's* (Anm. 41), S. 275 sogar nur für den Teil der strafgemilderten vorsätzlichen Tötungen, die in etwa dem heutigen provozierten Totschlag (§ 213 I. Alt.) entsprechen.

⁴⁹ So Dänemark § 237, Island § 211.

⁵⁰ So CSSR § 219.

⁵¹ So z. B. § 100 AE, E *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 463.

⁵² So z. B. VE 1909 §§ 212 f., E 1913 §§ 279 f., E 1919 §§ 282 f., E 1927 §§ 245 f., vgl. auch Art. 287 ff. Niederlande, Art. 314, 316 Kuba.

⁵³ So z. B. Österreich §§ 75 f., wie übrigens schon österr. E 1927 §§ 245 f., E *Radbruch* §§ 218 f., E 1925 §§ 221 f.

⁵⁴ So z. B. *Otto*, ZStW 83 (1971), 79, vgl. auch Brasilien Art. 121, Bulgarien Art. 115 ff., Italien Art. 575 f., Ungarn §§ 166 f.

⁵⁵ Vgl. auch *Schröder*, Mat. I S. 293 und E *Lackner-Sem.*, JZ 1977, 503, dessen Lösungen allerdings strafrahmengestuft ausgestaltet sind.

und Qualifikation oder wie in E 1962⁵⁶ § 135 nur den durch qualifizierende Merkmale herausgehobenen Bereich bezeichnen kann.

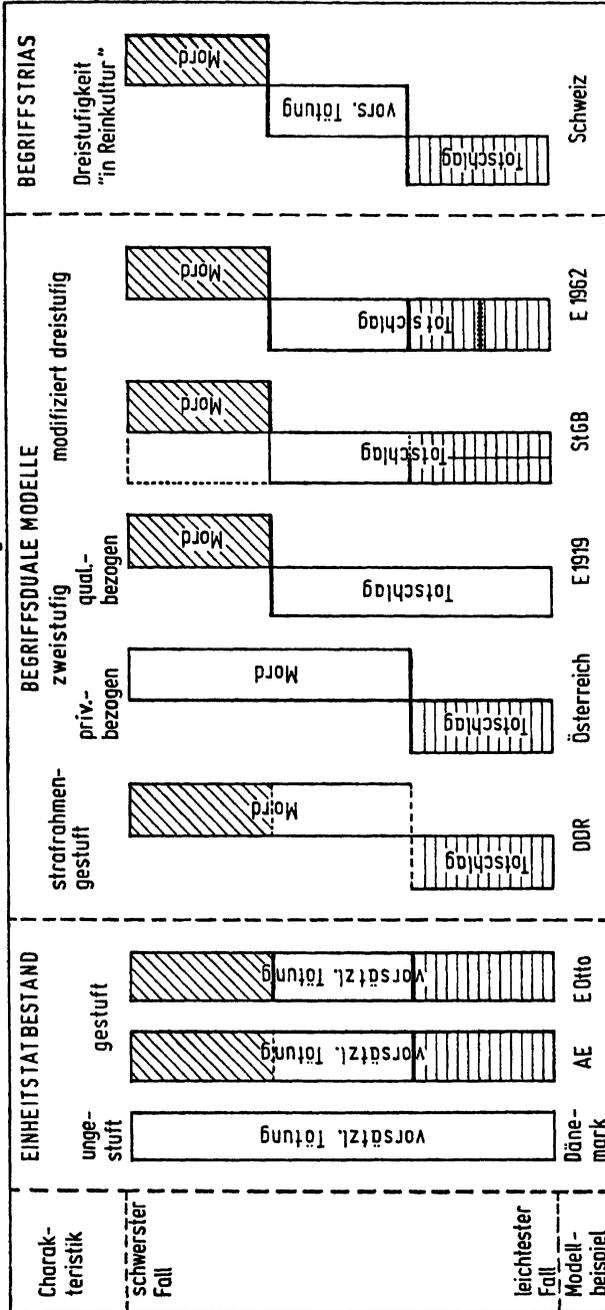
— *Dreistufigkeit* mit *Begriffstrias* („Mord“, „vorsätzliche Tötung“, „Totschlag“) nach Schweizer Muster.

Eine lediglich technische Frage ist es, ob die verschiedenen Stufen durch einen einzigen (§ 100 AE) oder mehrere (Art. 111—113 schweiz. StGB) Paragraphen bzw. Artikel gesetzestechnisch dargestellt werden. Wie z. B. Art. 60 schweiz. VE 1903 zeigt, läßt sich selbst eine Dreistufigkeit mit *Begriffstrias* in einer einzigen Norm zusammenfassen.

Die folgende Graphik dient der Verdeutlichung des Gesagten. Sie enthält auch die bildhafte Umsetzung der Regelungen des StGB, des E 1962 und des DDR-StGB, die von den vorgestellten Modell-Idealfällen teilweise durch die Ausbildung von Unterstufungen oder durch Unvollkommenheiten von Stufungen als Folge nicht tatbestandlich ausgebildeter Auf- oder Abstufungen abweichen.

⁵⁶ Ebenso GE 1911 §§ 253 f., E 1930 §§ 245 f., österr. E 1964 §§ 93 f. sowie die Vorschläge v. *Holtendorff's* (Anm. 41), S. 275. Vgl. auch E StrK 1936 (v. *Gleispach*, in *Gürtner*, BT 2, S. 385), E 1936 §§ 405 ff., §§ 211 ff. StGB sowie schon v. *Liszt*, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Bes. Teil (= VDB), Bd. 5, 1905, S. 101 und *Merzbach* (Anm. 22), S. 45, die zumindest teilweise eine bloße Strafrahmenstufung vorsehen.

STRUKTURMODELLE
bei vorsätzlicher Tötung *



* ohne Sonderstatbestände wie z.B. Tötung auf Verlangen, Kindesstörung

- Zeichenerklärung:
- "Grundtatbestand" vors. Tötung ohne besondere Merkmale
 - ▨ durch qualifizierende Merkmale erfaßter Bereich
 - ▤ durch privilegiierende Merkmale erfaßter Bereich
 - ▧ tatbestandlich bestimmte ("echte") Stufung
 - ▩ bloße Strafrahmenstufung
 - Unterstufung

II. Qualifizierende Tötungselemente

Während vorangehend Fragen der Strukturierung im Vordergrund standen, geht es nunmehr um die materiellen Kriterien, nach denen innerhalb der Tötungsdelikte auf- oder abgestuft wird und zwar ohne Rücksicht darauf, welche Differenzierungstechnik dabei Anwendung findet. Die folgende Übersicht läßt also bewußt außer acht, ob ein qualifizierendes oder privilegierendes Merkmal tatbestandlich-streng oder in Regelbeispieltechnik ausgestaltet ist, oder ob es sich um den Bestandteil einer Kann-Bestimmung handelt. Ebenso bleibt grundsätzlich unberücksichtigt, ob das jeweilige Merkmal in einem System von Unterstufungen steht und mit welcher konkreten Rechtsfolgenandrohung es verbunden ist. Maßgeblich ist allein, daß der jeweilige Umstand dem Gesetzgeber oder Reformpolitiker zur Beschreibung von Fällen dient, die er gegenüber dem voraussetzungsärmsten „Normalfall“ vorsätzlicher Tötung nach oben oder unten glaubt abheben zu müssen. Dabei sei zunächst erörtert, welche Elemente zu einer Strafschärfung führen (können).

A) Generelle Kriterien und Leitprinzipien

1. Überlegung bzw. Vorbedacht

a) Unterschiedlicher Bedeutungsgehalt

Nimmt man den Verbreitungsgrad zum Maßstab, so ist unter den generellen Kriterien an erster Stelle das sogen. Überlegungsprinzip zu nennen. Schon ein Blick auf die Vorläufer des RStGB zeigt freilich, daß sich hinter der Sammelbezeichnung „Überlegungsprinzip“ recht verschiedene Vorstellungen verbergen:

So hieß es etwa in Art. 164 des bay. StGB von 1813: „Ein Totschläger, welcher die von ihm verursachte Entleibung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Überlegung ausgeführt hat...“. Demgegenüber begeht nach § 175 I des preuß. StGB von 1851 einen Mord, „wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tödtet“. § 211 RStGB 1871 lautete schließlich: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, ...“.

Auch in fremdländischen Kodifikationen, die das Merkmal „Überlegung“ kennen⁶⁷, treten ähnliche Unterschiede auf, die sich

⁶⁷ Zur Verbreitung des Überlegungs-Kriteriums im 19. Jahrhundert vgl. v. Liszt, VDB V S. 37 ff., Wachenfeld (Anm. 41), S. 277 ff.; zur gegenwärtigen Bedeutung dieses Qualifizierungskriteriums vgl. auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 13 f. — Zwar spricht auch Art. 112 Schweiz von „Überlegung“ („Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, ...“), doch besitzt dieser Begriff dort keine selbständige Bedeutung; vgl. Walder, Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, StrGB Art. 111—113, SchwZStR 1979, 117 ff., 144. Ähnlich die Vorschläge von Baldus, Lange, Eb. Schmidt, Dünnebiel in Nds. VII S. 349 f.

in den Übersetzungen darin äußern, daß von „Überlegung“⁵⁸, „vorheriger Überlegung“⁵⁹, „Vorbedacht“⁶⁰ oder gar von „ersichtlichem Vorbedacht“⁶¹ gesprochen wird.

In solchen Abweichungen spiegeln sich manche Differenzen wider, die um die richtige Auslegung des § 211 RStGB entstanden sind: so insbesondere die Frage, ob es sich um einen überlegten Entschluß *vor* der Tat⁶² — worauf Formulierungen wie „mit Vorbedacht beschlossen“ hinweisen —, um das Vorhandensein von Überlegung *während* der (ganzen?) Tatausführung — was die Worte „mit Überlegung ausgeführt“ nahelegen — oder um beides handeln muß⁶³. Umstritten war aber etwa auch, *was* eigentlich der Täter vorbedacht haben mußte⁶⁴: Nur das „Ob“, nur das „Wie“ der Tat oder beides?⁶⁵

b) Unterschiedliche Funktion

Um die Bedeutung der „Überlegung“ als Abgrenzungskriterium richtig beurteilen zu können, gilt es freilich zu bedenken, daß es nur selten allein und ausschließlich dazu diente, die schwersten Tötungsfälle im Gesetz zu umschreiben.

In seiner „reinsten“ Form begegnet es etwa in *Feuerbachs* Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus

⁵⁸ Türkei Art. 450 Nr. 4.

⁵⁹ Portugal Art. 351 Nr. 1.

⁶⁰ Bulgarien Art. 116 Nr. 9, Frankreich Art. 296, Italien Art. 577 Nr. 3, Niederlande Art. 289, Rumänien Art. 175 a. Demgegenüber qualifiziert Ungarn § 166 II a die „vorher geplante“ Tötung.

⁶¹ Spanien Art. 406 Nr. 4.

⁶² So ausdrücklich die in manchen Kodifikationen enthaltenen Legaldefinitionen: Nach Art. 297 des französischen Code Pénal besteht der Vorbedacht „in dem vor der Handlung gefaßten Plan, auf eine bestimmte Person ... einen körperlichen Angriff zu begehen ...“. Die Definition des Art. 352 Portugal entspricht in der Sache weitgehend der des Art. 297 Code Pénal, verlangt aber, daß der Tatplan mindestens 24 Stunden vor der Ausführung gefaßt worden ist. Nach Kuba Art. 316 d) muß die Tatausführung darauf hindeuten, daß die Tat ihrem Sinne nach früh genug geplant wurde, um sie ernsthaft zu durchdenken und daß sie zwischen ihrer Planung und Verwirklichung so vorbereitet wurde, daß der Täter die aus ihr entstehenden Schwierigkeiten vorhergesehen, trotzdem aber an der Begehung der Tat festgehalten hat.

⁶³ Vgl. dazu *v. Liszt*, VDB V S. 42 ff. m. w. N.

⁶⁴ Sehr plastisch dazu die (oben Anm. 62 wiedergegebene) Legaldefinition Kubas.

⁶⁵ Vgl. *v. Liszt*, VDB V S. 42 f. Ausführlich zu diesen Fragen sowie zu weiteren Auslegungsproblemen bei § 211 RStGB: *Conen*, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im E 1962, Diss. Berlin 1964, S. 16 ff., sowie *Eser*, DJT-Gutachten, § 2 I 4.

dem Jahre 1824⁶⁶ sowie noch heute in Griechenland (Art. 299 I). Demgegenüber hob das ebenfalls von *Feuerbach* maßgeblich beeinflusste bay.StGB 1813 einige kasuistisch aufgezählte „Mordtaten“ hervor, indem es eine Verschärfung der Hinrichtung durch vorheriges Ausstellen am Pranger anordnete⁶⁷: Für die Umschreibung der schwersten Tötungen genügte hier das (weitgefaßte) Überlegungskriterium nicht.

Dem reinen Überlegungsprinzip nahe stehen auch das RStGB und die am Überlegungsprinzip festhaltenden Entwürfe⁶⁸, da deren Totschlagsqualifikationen in ihren Strafdrohungen hinter der des Mordes zurückbleiben.

Dagegen kannte bereits der französische Code Pénal von 1791 weitere, dem Überlegungskriterium gleichwertige qualifizierende Merkmale, indem er auch für die Aszendententötung und den im Zusammenhang mit anderen Verbrechen begangenen Totschlag⁶⁹ die Mordstrafe vorsah⁷⁰. Auf den Code Pénal von 1810 geht die noch heute geltende Fassung des Art. 296 zurück, die auch die aus dem Hinterhalt begangene Tötung als Mord bezeichnet und auch gesetzestechnisch neben die mit Vorbedacht begangene Tat stellt⁷¹.

Während der Code Pénal und die auf ihn zurückgehenden Kodifikationen dem Überlegungskriterium immerhin eine gewisse vorrangige Bedeutung bei der Abschichtung der Tötungsdelikte einräumen und die Zahl der daneben formulierten kasuistischen Qualifikationen auf einige wenige beschränken, weiten insbesondere südromanische Rechtsordnungen die Mordkasuistik erheblich aus, stellen damit die Prämeditation auf eine Stufe mit einer Reihe anderer erschwerender Umstände und kommen damit zu einem wesentlich erweiterten Mordbegriff⁷².

⁶⁶ Art. 4 ff., abgedr. bei *Schubert*, *Feuerbachs Entwurf . . .*, 1978, S. 270 f.

⁶⁷ Art. 147, wiedergegeben bei *Wachenfeld* (Anm. 41), S. 70. Interessanterweise ist bei einigen dieser Fälle eine Ähnlichkeit mit Mordmerkmalen des § 211 nicht zu verkennen (insbes. Habgier, heimtückisch und grausam).

⁶⁸ Vgl. dazu u. c).

⁶⁹ Desgleichen für die Vergiftung, bei der es allerdings keines Tötungsvorsatzes bedurfte.

⁷⁰ Art. 10, 14, wiedergegeben bei *Wachenfeld* (Anm. 41), S. 227.

⁷¹ Art. 296: „Tout meurtre commis avec préméditation ou guet-apens est qualifié assassinat“.

⁷² Vgl. etwa Spanien Art. 405 f. — Noch detaillierter ist die Kasuistik von Italien Art. 576, 577; vgl. auch neuerdings Kuba Art. 316 und Ungarn § 166.

c) Deutsche Reformgeschichte

Die ersten Vorschläge zur Reform des RStGB standen dem Überlegungsprinzip schroff ablehnend gegenüber, ohne indes ein einheitliches Alternativkonzept vorzulegen⁷³. Lediglich *Merzbach* konzedierte ihm eine Daseinsberechtigung als relatives Mordmerkmal neben einer Reihe qualifizierender Kriterien⁷⁴. Im Gegensatz dazu hielten die amtlichen Reformentwürfe zum RStGB mit Ausnahme des auf *Radbruch* zurückgehenden E 1925⁷⁵ am Überlegungsprinzip fest und versuchten lediglich, mit Neuformulierungen einige immanente Streitfragen legislativ zu klären⁷⁶ bzw. begnügten sich mit bedeutungslosen sprachlichen Änderungen⁷⁷. Dies dürfte indes weniger auf der Überzeugung von der Richtigkeit dieses Abgrenzungskriteriums, sondern eher auf einer resignativen Haltung beruht haben⁷⁸.

Auch drängt sich der Eindruck auf, als habe sich damals in den Gesetzgebungsorganen die Diskussion allzusehr auf die Frage der Todesstrafe konzentriert, so daß darüber die Problematik der inhaltlichen Ausgestaltung der Tötungstatbestände vernachlässigt worden ist⁷⁹.

⁷³ Vgl. v. *Holtzendorff*, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, S. 275; *Wachenfeld* (Anm. 41), S. 296; v. *Liszt*, VDB V S. 77 f., 101.

⁷⁴ *Merzbach* (Anm. 22), S. 45.

⁷⁵ Der schon wie *E Radbruch* 1922 § 218 auf jegliche qualifizierende Stufung verzichtete.

⁷⁶ Vgl. z. B. GE 1911 § 253: „Wer einen anderen mit Vorbedacht tötet . . .“; E 1913 § 280: „Wer einen anderen mit Überlegung tötet . . .“ Ebenso E 1919 § 283.

⁷⁷ So E 1927 § 245 und E 1930 § 245: „Wer einen anderen tötet und die Tat mit Überlegung ausführt . . .“. Freilich darf nicht übersehen werden, daß die Entwürfe durchwegs auf der Rechtsfolgenseite mehr Flexibilität zeigen, als dies § 211 RStGB 1871 mit seiner absoluten und zwingenden Androhung der Todesstrafe tut; vgl. dazu u. V B 1.

⁷⁸ Vgl. VE 1909 Begr. S. 640 sowie die Stellungnahmen von *Marum* und *Ebermayer* in den Beratungen des Rechtsausschusses des Reichstags (Sitzung vom 26. 1. 1932, Prot. S. 6, 8): Beim Überlegungsprinzip handele es sich um das „geringste Übel“.

⁷⁹ Bezeichnend dafür ist z. B. der Gang der Diskussion in den Sitzungen der deutschen und österreichischen parlamentarischen Strafrechtkonferenzen (Prot. der 11. Sitzung vom 3. 3. 1930), die sich durch heftige Geschäftsordnungsdebatten zur Todesstrafen-Frage und einverständliches Schweigen zu den vorgeschlagenen Tatbestandsformulierungen auszeichnete. — In den Beratungen des Rechtsausschusses 1931 und 1932 wurden lediglich zwei vom damals geltenden Recht abweichende Regelungen vorgeschlagen: Die KP beantragte, unter Verzicht auf das Überlegungskriterium und den Begriff „Mord“ die „vorsätzliche Tötung“ aus „eigen-

In der Nachkriegszeit hat — abgesehen vom E 1962, dessen Vorschlag in der Struktur dem 60 Jahre älteren Modell *Merzbachs* entspricht⁸⁰ — in den Vorschlägen zur Reform der Tötungsdelikte das Überlegungskriterium zu Recht⁸¹ keine Anhänger mehr gefunden⁸².

2. Handeln ohne Gemütsregung

Angesichts der Schwächen des Überlegungskriteriums ist vorgeschlagen worden, an seine Stelle das Merkmal der Gemütsregung zu setzen. Mord sollte danach die ohne Gemütsregung („kaltblütig“) begangene, Totschlag die im Affekt begangene vorsätzliche Tötung sein⁸³. Das mag zum Teil auf der irrigen Vorstellung beruht haben, zwischen Überlegung und Affekt bestehe ein Zusammenhang der Art, daß es an der Überlegung nur fehlen könne, wenn der Täter im Affekt handle⁸⁴. Erkennt man aber, daß „ohne Gemütsregung“ nicht mit „mit Überlegung“ gleichgesetzt werden kann, dann sieht man sofort, daß hier ein prinzipiell anderer Weg beschritten wird: Es geht nicht mehr darum, die qualifizierten Fälle durch ein Merkmal zu beschreiben, das zum Grundtatbestand hinzutreten müßte, um eine vorsätzliche Tötung zu einem Mord zu machen. Es geht vielmehr um die abstrakte Beschreibung der gegenüber der (gewöhnlichen) vorsätzlichen Tötung⁸⁵ milder zu beurteilenden Fälle. Das Gemütsregungskriterium ist daher erst unter III. zu untersuchen.

3. Verwerflichkeitsorientierte Qualifizierungskriterien

Die (besondere) Verwerflichkeit begegnet häufig als Instrument zur Abschichtung qualifizierter Tötungen. Man findet es ge-

nützigen Beweggründen“ zu qualifizieren. Die Abgeordneten *Emminger* und *Dr. Bell* schlugen vor, die mit Überlegung ausgeführte Tat als Mord mit lebenslangem Zuchthaus zu bestrafen, dagegen die Todesstrafe bei Rückfalltötungen, mehrfachen mit Überlegung ausgeführten Tötungen und überlegter Aszendententötung anzudrohen. Allerdings war dieser Vorschlag weniger von einer Auseinandersetzung mit dem Überlegungsprinzip als vom Bemühen um eine Zurückdrängung der Todesstrafe getragen.

⁸⁰ Vgl. dazu Anm. 22 sowie u. III C 1.

⁸¹ S. Eser, DJT-Gutachten, § 2 I 4.

⁸² AE § 100 II Nr. 4, der die „absichtlich und mutwillig“ begangene Tötung qualifiziert, intendiert damit nicht die überlegte, sondern die „zu nichtigen oder besonders wertwidrigen Zwecken“ begangene Tötung (AE BT/1, 1970, S. 29).

⁸³ Vgl. *Wachenfeld* (Anm. 41), S. 296, *Meyer v. Schauensee*, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entwurfes, um 1897, S. 57 f.

⁸⁴ So die Konzeption *Feuerbachs* im bay. StGB v. 1813, vgl. dazu *Eser*, DJT-Gutachten, § 5 IV 4 d.

⁸⁵ Die dann gemeinhin als „Mord“ bezeichnet wird, vgl. E 1925 § 221, österr. E 1927 § 245, Österreich § 75.

setzestechnisch ganz unterschiedlich gebraucht vor: Einmal erscheint es als generelles Kriterium ohne weitere Präzisierung⁸⁶. Anderweitig ist es durch verschiedene Regelbeispiele⁸⁷ exemplifiziert⁸⁸ oder sogar noch zusätzlich durch einen Hinweis auf die Beweggründe, die Art der Ausführung und die mit der Tat verfolgten Zwecke konkretisiert⁸⁹. Schließlich wird es auch — bei § 211 StGB — als ungenanntes, gleichsam hinter den Kulissen der Kasuistik stehendes Grundprinzip verstanden⁹⁰. Wieder anders schlug *Baldus* vor, es als Korrektiv des — durch eine Kasuistik ergänzten — Überlegungsprinzips zu verwenden⁹¹. Neuestens sieht Art. 112 schweiz. E 1980 die besondere Verwerflichkeit von Beweggrund, Zweck der Tat oder Art der Ausführung als Exemplifikation „besonders skrupellosen“ Handelns des Täters vor⁹².

Bei der Ausformulierung dieses Kriteriums wird gelegentlich mehr oder weniger deutlich auf die (besondere) Verwerflichkeit der Tat⁹³, überwiegend aber auf die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters abgehoben⁹⁴. Dabei dürfte es sich aber mehr um sprachliche als sachliche Unterschiede handeln⁹⁵, insbesondere wenn, wie es leider nur allzu leicht geschieht, durch den Rekurs auf allgemeine Verwerflichkeitsvorstellungen auf einen hinreichend rationalisierbaren (und empirisch abzustützenden) Qualifizierungsmaßstab verzichtet und stattdessen auf emotionale Ent-rüstung spekuliert wird⁹⁶.

⁸⁶ So Schweiz Art. 112 (in Verbindung mit dem Gefährlichkeitskriterium: dazu u. 4).

⁸⁷ Dabei dominiert das „weder nur noch immer-Prinzip“. In der GrStrK hat *Dünnebier* vorgeschlagen, Verwerflichkeitskriterium und Kasuistik miteinander durch das „immer aber nicht nur-Prinzip“ zu verbinden, vgl. Nds. VII S. 349.

⁸⁸ So E StrK 1936, 2. Lesung, vgl. v. *Gleispach*, in: *Gürtner*, BT³, S. 385. Danach sollte § 211 folgende Fassung erhalten:

„Wer einen Menschen tötet, wird, wenn er besonders verwerflich gehandelt hat, als Mörder (mit dem Tode) bestraft.“

Besonders verwerflich handelt in der Regel, wer die Tat aus Mordlust, Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebis oder sonst aus niedrigen Beweggründen, auf hinterlistige oder grausame Weise oder mit gemeingefährlichen Mitteln, oder zum Zweck, eine andere Straftat zu ermöglichen, begeht“.

Ähnlich *Stol*, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 163. Etwas anders dagegen der Vorschlag von *Skott*, Nds. VII S. 346, der eine Kombination gesinnungsbezogener kasuistischer Merkmale und Regelbeispiele vorsah.

- ⁸⁹ So E StrK 1936, 1. Lesung, vgl. v. Gleispach, in: *Gürtner*, BT¹, S. 372 f. Der Wortlaut wird dort leider nicht mitgeteilt. Nach den Ausführungen v. Gleispachs dürfte in der 1. Lesung etwa folgende Neufassung des § 211 vorgeschlagen worden sein:
- „Wer einen Menschen tötet, wird, wenn er im Hinblick auf seine Beweggründe, die Art der Ausführung der Tat oder die verfolgten Zwecke besonders verwerflich gehandelt hat, als Mörder (mit dem Tode) oder lebenslangem Zuchthaus bestraft. Besonders verwerflich handelt in der Regel, wer aus Mordlust oder Habgier, mittels Feuer oder Gift oder zu dem Zweck, ein anderes Verbrechen zu ermöglichen oder zu verbergen, oder sich der Verfolgung wegen einer anderen Tat zu entziehen, be- geht“.
- ⁹⁰ Praktische Bedeutung kann dem Blick auf das dahinterstehende Leitprinzip als Auslegungshilfe oder gar als Instrument zur „Typenkorrektur“ zukommen. Zu Versuchen, auf diese Weise das Verwerflichkeitsprinzip für eine restriktive Interpretation des § 211 StGB nutzbar zu machen, vgl. *Eser*, in *Schönke/Schröder*, § 211 Rn. 10 m. w. N.
- ⁹¹ Nds. VII S. 349 („Wer einen anderen mit Überlegung tötet und dadurch seine besonders verwerfliche Gesinnung offenbart“).
- ⁹² Art. 112 i. d. F. des schweiz. E 1980 (vgl. Anm. 26) lautet: „Handelt der Täter besonders skrupellos, sind namentlich sein Beweggrund, der Zweck der Tat oder die Art der Ausführung besonders verwerflich, so ist die Strafe lebenslängliches Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter 10 Jahren“.
- ⁹³ So insbes. im E StrK 1936 (vgl. o. Anm. 88 u. 89) u. im österr. E 1964 § 93 II („Handelt der Täter aus einem besonders verwerflichen Beweggrund oder zu einem besonders verwerflichen Zweck oder auf besonders verwerfliche Weise . . .“).
- ⁹⁴ So z. B. von *Stol* (Anm. 88), S. 163; ebenso die Vorschläge von *Lange/Eb. Schmidt* und *Dünnebier*, Nds. VII S. 349. Zur Interpretation des Gesinnungskriteriums im schweiz. Strafrecht vgl. *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 147 ff. m. w. N. — Auf die gleichen Grundgedanken beruft sich auch *Otto*, ZStW 83 (1971), 45, der durch Abstellen auf die in der Tat zum Ausdruck kommende „besonders sozial unerträgliche Einstellung des Täters“ gewährleistet sehen will, daß nicht die „über das konkrete Delikt hinausgehende oder die den Täter üblicherweise leitende Gesinnung“, sondern seine „konkrete Einstellung“, seine „Stellungnahme zur Sozietät bei und in der Begehung des Tötungsdelikts, d. h. die betätigte sozialrelevante Gesinnung“ bewertet wird. „Gesinnung“ bedeutet hier also „die in der Tat objektivierte Einstellung des Täters zur Sozietät“, die „besondere soziale Unerträglichkeit“ soll in der „Gefährlichkeit der Äußerung des Egoismus für die Sozietät und die anderen Rechtsgenossen“ liegen.
- ⁹⁵ Worauf nicht zuletzt die Formulierung des Art. 112 schweiz. E 1980 (Anm. 92) hindeutet.
- ⁹⁶ Zur Kritik an der „besonderen Verwerflichkeit“ als unmittelbarem, d. h. nicht durch andere — wie etwa präventive — Faktoren vermitteltem Qualifizierungsprinzip vgl. *Eser*, DJT-Gutachten, § 7 III 2.

4. Gefährlichkeitsorientierte Qualifizierungskriterien

Allerdings kann das Gesinnungsprinzip durchaus auch mit Gefährlichkeitsaspekten in Verbindung gebracht werden. Besonders deutlich kommt dies bei Franz von Liszt zum Ausdruck, der die „besondere Gemeingefährlichkeit des Täters“ als allgemeines Qualifizierungskriterium⁹⁷ vorgeschlagen und diese mit „besonders gefährlicher anti-sozialer Gesinnung“⁹⁸ bzw. „sittlicher Verworfenheit“⁹⁹ gleichgesetzt hat. Schließlich wird von der herrschenden Lehre zu Art. 112 schweiz.StGB betont, daß dann, wenn dem Täter seine besondere Gefährlichkeit vorwerfbar ist, immer auch von besonders verwerflicher Gesinnung gesprochen werden könne¹⁰⁰.

Freilich gilt es dabei zu beachten, daß mit „Gefährlichkeit“ Verschiedenes gemeint sein kann¹⁰¹: So hoben die schweiz. VE auf die Gefährlichkeit der *Begehungsweise*¹⁰² ab, während die dann Gesetz gewordene Fassung von 1937 die Gefährlichkeit des *Täters* im Auge hat und dabei offenbar primär *spezialpräventiv* an Wiederholungsgefahr denkt¹⁰³. Ähnlich *spezialpräventiv* scheint auch Franz von Liszts Qualifizierung der „besonders gefährlichen antisozialen Gesinnung“ konzipiert gewesen zu sein⁹⁸, während die in seinem Gesetzesvorschlag gewählte Formulie-

⁹⁷ Das durch eine verhältnismäßig knappe Kasuistik exemplifiziert wird, vgl. VDB V S. 101.

⁹⁸ VDB V S. 92, 101.

⁹⁹ VDB V S. 63.

¹⁰⁰ *Stratenwerth*, BT I, S. 29; schweiz. E 1980 (Anm. 26), Begr. S. 7. — Auch um der Gefahr einer Verletzung des Schuldprinzips zu entgehen, die bei einem Abheben allein auf die (besondere) Gefährlichkeit droht, schlägt der schweiz. E 1980 eine Abkehr von der Gesinnungs-Gefährlichkeits-Kombination vor; vgl. dazu auch Anm. 92.

¹⁰¹ Ausführlich zu den verschiedenen Gefährlichkeitsansätzen *Eser*, DJT-Gutachten, § 2 III 3 d und § 7 III 3.

¹⁰² Vgl. z. B. schweiz. VE 1894 Begr. S. 147.

¹⁰³ Vgl. *Stratenwerth*, BT I, S. 28 u. *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 153 f. Danach soll eine besondere Gefährlichkeit des Täters vorliegen, wenn anzunehmen ist, er werde in ähnlicher oder anderer Situation künftig wieder töten, aber auch dann, wenn der Täter bewußt ein breit und unkontrollierbar wirkendes Tötungsmittel einsetzt, ohne daß es darauf ankommen soll, ob der Täter seinen besonders gefährlichen Zustand verschuldet hat. Die Rechtsprechung scheint wesentlich darauf abzustellen, ob der Täter „zu Wutausbrüchen und Gewaltakten“ neigt, es sich bei ihm um eine „sittlich hemmungslose, zu Gewaltanwendung geneigte, verbrecherische Natur“ handelt.

rung, die auf „Umstände, aus denen sich eine besondere Gemeingefährlichkeit des Täters ergibt“¹⁰⁴, abhebt, auch generalpräventive Komponenten erkennen läßt. Ganz entschieden generalpräventiv wollte dagegen der englische Homicide Act von 1957 verstanden sein, welcher die oberste Mordstufe für solche Fälle vorsah, bei denen die abschreckende Wirkung der Todesstrafe am größten sein könnte¹⁰⁵. Wiederum anders der AE, der die „Schwere der Rechtgutverletzung“ entscheiden lassen will¹⁰⁶ und damit weniger auf die Gefährlichkeit des Täters als die seiner Tat abhebt¹⁰⁷.

Auch unter den nachfolgend vorgestellten kasuistischen Qualifizierungen finden sich eine ganze Reihe von Merkmalen, die im einen oder anderen genannten Sinne gefährlichkeitsorientiert sind.

B) Kasuistische Qualifizierungskataloge

Will man sich einen Überblick über die außerordentliche Vielfalt kasuistischer Qualifizierungsgründe verschaffen, so empfiehlt es sich freilich nicht, diese nach den eben genannten Kriterien Verwerflichkeit und Gefährlichkeit ordnen zu wollen. Denn wegen der gezeigten Übergänge und Vermischungen wäre die Einordnung nur allzu oft anfechtbar¹⁰⁸. Eher erlaubt es schon eine Unterscheidung nach Aspekten der besonderen Stellung oder Schutzbedürftigkeit des *Opfers* (1.), bestimmten Motiven oder Absichten des *Täters* (2.) oder Besonderheiten der *Tatbegehung* (3.),

¹⁰⁴ VDB V S. 101.

¹⁰⁵ Eingehend dazu Beck, Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht, 1973, S. 96 ff., deren Darstellung nur insoweit zu aktualisieren ist, daß ein Antrag, die Todesstrafe für bestimmte terroristische Tötungshandlungen wieder einzuführen, am 19. 7. 1979 im Unterhaus mit 362 : 243 Stimmen abgelehnt worden ist. Vgl. auch Simson-Geerds (Anm. 57), S. 20 f.

¹⁰⁶ AE BT/I, S. 17 f., ebenso E Friedrich/Koch, E Lackner-Sem.

¹⁰⁷ Undeutlich dagegen noch Merzbach (Anm. 22), S. 39 ff., der die „objektive und subjektive Gemeingefährlichkeit des Täters“ als Leitprinzip seiner Mordkasuistik angibt.

¹⁰⁸ Vgl. nur die unterschiedlichen Ansichten zum Verständnis der Mordmerkmale des § 211 StGB, s. dazu Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 223 ff.; Horstkotte, Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes?, Diss. Hamburg 1967, sowie Eser, in Schönke/Schröder, § 211 Rn. 6 m. w. N.

eine gewisse Ordnung in die in ihrer Zusammenstellung oft zufällig anmutenden qualifizierenden Merkmale zu bringen. Ein solches systematisierendes Vorgehen führt allerdings dazu, daß der Gesamteindruck über die Qualifikationskataloge der einzelnen analysierten Rechtsordnungen verlorengeht und damit auch das wechselseitige Sich-Ergänzen mancher Elemente allenfalls am Rande mitberücksichtigt werden kann. Es ermöglicht aber eine bessere Übersicht über die Vielfalt an Erschwerungsgründen und gewährt Einblick in Unterschiede bei der kasuistischen Ausformung des jeweiligen Grundgedankens.

1. „Opferbezogene“ Qualifizierungsgründe

a) Nicht selten dient die *öffentlich-rechtliche Stellung des Getöteten* als Straferhöhungsgrund. Allerdings ist der erfaßte Personenkreis recht unterschiedlich abgesteckt: Teilweise werden alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes erfaßt, soweit ihre Tötung mit der Ausübung ihres Amtes zu tun hat, etwa, wenn die Tötung einer Amtspersonen bei oder aus Anlaß der Amtsausübung qualifiziert ist¹⁰⁹.

Gesellschaftssystembedingt stellen etliche osteuropäische Länder der Tötung eines Amtsträgers auch die einer Person gleich, die in Erfüllung gesellschaftlicher Pflichten handelt¹¹⁰, während in Bulgarien darüber hinaus auch noch Angehörige der Streitkräfte des eigenen bzw. eines befreundeten Staates genannt sind¹¹¹.

Vielfach geht es dem Gesetzgeber indes nur um den Schutz eines engeren, als *besonders gefährdet* erscheinenden Personenkreises, wobei vor allem Polizei- und Gefängnisbeamte zu nen-

¹⁰⁹ So z. B. Ungarn § 166 e, Türkei Art. 499.

¹¹⁰ Am allgemeinsten Rumänien Art. 175 f. (Tötung im Zusammenhang mit der Erfüllung dienstlicher oder gemeinnütziger Obliegenheiten durch das Opfer), ähnlich UdSSR Art. 102 b. Sehr detailliert bei der Aufzählung des geschützten Personenkreises dagegen Bulgarien Art. 116 Nr. 1 und die neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher, vgl. z. B. Serbien Art. 47 II Nr. 5 u. 6, Bosnien/Herzegowina Art. 36 II Nr. 5, Kroatien Art. 35 II Nr. 5.

¹¹¹ Bulgarien Art. 116 Nr. 1. — Umgekehrt nimmt bemerkenswerterweise Art. 116 II einen Teil der in Abs. 1 genannten Berufsgruppen besonders in Pflicht, indem er die „durch eine Amtsperson sowie durch einen Vertreter der Gesellschaft, durch einen Angehörigen der Volksmiliz bei oder anlässlich der Ausübung ihres Dienstes oder ihrer Funktion“ begangene Tötung qualifiziert.

nen sind¹¹². Eigens hervorhebungswürdig erscheint gar der Türkei die Zugehörigkeit des Opfers zu einem Parlament¹¹³.

Für das deutsche Strafrecht hat nur *v. Holtzendorff* einen vergleichbaren Qualifikationstatbestand vorgeschlagen: Tötung eines Beamten in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes¹¹⁴.

b) Demgegenüber hat die Qualifizierung der *Verwandtentötung* im deutschen Strafrecht eine lange, erst mit der Novelle von 1941 beendete Tradition. Allerdings erfaßte § 215 RStGB nur den Totschlag an Verwandten der *aufsteigenden* Linie. Die Aszendententötung war danach je nach den Umständen Mord (§ 211) oder qualifizierter Totschlag (§ 215). Ihre Hervorhebung wurde allerdings schon bald als unbillig bzw. überflüssig angesehen¹¹⁵ und gilt heute — ebenso wie eine Qualifizierung der Verwandtentötung insgesamt — allgemein als überholt¹¹⁶.

Im Ausland findet man die Qualifizierung der Verwandtentötung dagegen häufiger vor. Zu erklären ist dies mit der besonderen Bedeutung, die familiären Beziehungen vor allem in romanischen Rechtskreisen beigemessen wird. Allerdings bestehen hinsichtlich des Personenkreises bedeutsame Unterschiede: Teil-

¹¹² So der englische Homicide Act Sec. 5 (1) d) u. e). Vorwiegend zum Schutz dieses Personenkreises, aber als Absichtsmerkmal gefaßt, Art. 576 Nr. 3 l. Alt. Italien: Tötung durch einen Flüchtigen, um sich der Festnahme, einem Haftbefehl oder dem Strafantritt zu entziehen. Dagegen steht hinter österr. E 1912, § 287, der den Mord durch einen eine lebenslange Kerkerstraße Verbüßenden mit der Todesstrafe belegt, nicht in erster Linie der Gedanke, Strafvollzugsorgane besonders zu schützen, sondern die Erwägung, gegen einen Lebenslänglichen gebe es als einzig mögliche Sanktion nur noch die Todesstrafe (österr. E 1912 Begr. S. 262 f.).

¹¹³ Art. 450 Nr. 2.

¹¹⁴ *v. Holtzendorff* (Anm. 41), S. 275. Immerhin war aber auch in der GrStrK die Tötung zur Flucht aus einer Haftanstalt erwogen worden (vgl. namentlich *Baldus*, Nds. VII S. 50), was zumindest mittelbar einen qualifizierten Schutz des Anstaltspersonals bedeutet hätte; abgelehnt wurde dies letztlich nur, weil man sich über den *absoluten* Verwerflichkeitscharakter dieses Merkmals nicht einig war (vgl. Nds. VII S. 50 ff.).

¹¹⁵ Vgl. VE 1909 Begr. S. 642, der, wie auch alle späteren Entwürfe, eine Streichung des § 215 RStGB vorsah.

¹¹⁶ Was deren Fehlen in allen modernen Entwürfen belegt. Lediglich in den Vorschlägen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums (Nds. VII S. 330) findet sich die Empfehlung, die Tötung von Vater, Mutter, Kind oder in häuslicher Gemeinschaft lebendem Ehegatten zum Mordmerkmal zu erheben.

weise werden nur (bestimmte) Aszendentenverhältnisse¹¹⁷, teilweise auch andere Familienangehörige¹¹⁸ erfaßt.

c) Ebenfalls opferorientiert, allerdings nicht status- sondern situationsbezogen, sind — im deutschen Strafrecht bislang nicht vertretene — Merkmale, welche die Tötung einer sich in einem hilflosen Zustand befindlichen Person¹¹⁹ qualifizieren¹²⁰, z. B. die „eines anderen, der aufgrund seines persönlichen Befindens oder wegen der Umstände, in denen er sich zur Tatzeit befindet, offenkundig nicht in der Lage ist, sich angemessen zu verteidigen“¹²¹, oder auch eines Opfers „unter Ausnutzung von dessen Verteidigungsunfähigkeit“¹²².

2. „Täterbezogene“ Qualifizierungsgründe

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Merkmale, durch die bestimmte Motive bzw. mit der Tat verfolgte Zwecke qualifiziert werden. Gerade bei deren Würdigung muß man sich freilich darüber im klaren sein, daß es sich sowohl um kasuistische Ergänzungen des Überlegungskriteriums wie auch um selbständige Erschwerungsgründe handeln kann.

a) Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht

Verbreitet ist die Qualifizierung der Tötung, die eine andere Straftat ermöglichen, erleichtern oder verdecken soll. Vergleicht man allerdings hier einschlägige Kodifikationen und Entwürfe miteinander, so springen einige wesentliche sachliche Unterschiede ins Auge¹²³:

Vor allem ist verschieden geregelt, ob nur die Ermöglichungs- bzw. Erleichterungsabsicht¹²⁴, nur die Verdeckungsabsicht¹²⁵ oder beide zusammen¹²⁶ oder gar auch die Absicht, sich die Vorteile

¹¹⁷ So z. B. Frankreich Art. 299 (mit ausdrücklicher Einbeziehung der Adoptiveltern), Japan § 200, Portugal Art. 355.

¹¹⁸ Vgl. z. B. Bulgarien Art. 116 Nr. 3 (im Eltern-Kind-Verhältnis stehende Personen), Rumänien Art. 175 c) (Ehegatte oder naher Verwandter), Kuba Art. 317 (Aszendenten, Abkömmlinge, Eheleute und in einem ehelichen Verhältnis stehende Personen).

¹¹⁹ So Bulgarien Art. 116 Nr. 5, vgl. auch Albanien Art. 84 c).

¹²⁰ Bezüge zur Wehrlosigkeitskomponente der Heimtücke sind hier nicht zu übersehen.

¹²¹ Kuba Art. 316 c).

¹²² Rumänien Art. 175 b).

¹²³ Bezeichnenderweise erscheinen etliche der hier festgestellten Unterschiede auch als Auslegungsdivergenzen bei § 211 wieder. Vgl. dazu Eser, in *Schönke-Schröder*, § 211 Rn. 32 ff.

¹²⁴ So der Vorschlag der StrK 1936 bei v. Gleispach, in *Gürtner, BT*, S. 385, E 1936 § 405 und E 1962 § 135 I Nr. 4, da bei der Tötung in Ver-

eines anderen Verbrechens zu sichern¹²⁷, mit einer schwereren Strafe geahndet werden soll. Unterschiede bestehen auch in den Fragen, ob als zu ermöglichende bzw. zu verdeckende Tat nur ein Verbrechen i. e. S.¹²⁸ oder auch ein Vergehen¹²⁹ in Betracht kommt bzw. ob nur der in Fremd- oder auch der in Selbstbegünstigungsabsicht Handelnde eine härtere Strafe verdient¹³⁰. Schließlich beschränken sich manche Kodifikationen auf die Qualifizierung des auf frischer Tat ertappten¹³¹ bzw. flüchtenden¹³² Täters¹³³.

b) Tötung aus materiellen Interessen

Auch die um des „schnöden Mammons“ willen begangene Tötung begegnet häufig als motiv- bzw. zweckbezogen ausgestaltetes Qualifizierungsmerkmal. Die im deutschen Sprachraum vorge-

deckungsabsicht nicht selten Konfliktsituationen bestünden, in denen die besondere Verwerflichkeit fehle und in den qualifiziert strafwürdigen Fällen andere Mordmerkmale (Überlegung!) zur Anwendung kämen (E 1962 Begr. S. 273). In der GrStRK wurde auch erwogen, nur die Ermöglichungsabsicht als absolutes Mordmerkmal, die Verdeckungsabsicht dagegen als (systematisch dem Totschlag zugeordnetes) relatives Mordmerkmal auszugestalten, vgl. *Schwalm*, Nds. XIII S. 199 f. — Für Streichung der Verdeckungsabsicht auch E *Lackner-Sem.* JZ 1977, 504.

¹²⁵ So v. *Holtendorff* (Anm. 41), S. 275.

¹²⁶ So Kuba Art. 316 f., Rumänien Art. 175 g), h), die Strafgesetzbücher Jugoslawiens (vgl. z. B. Serbien Art. 36 II Nr. 4), Bulgarien Art. 116 Nr. 8, Frankreich Art. 304 II, Portugal Art. 351 Nr. 3, UdSSR Art. 102 f sowie *Otto*, ZStW 83 (1971), 79; ebenso die schweiz. VE u. E, vgl. VE 1894 Art 50 II, VE 1896 Art. 51 II, VE 1903 Art. 60 II, VE 1908 Art. 64 II, VE 1916 Art. 104 u. E 1918 Art. 99.

¹²⁷ So z. B. Brasilien Art. 121 § 2 V; vgl. auch Niederlande Art. 288.

¹²⁸ So VE 1909 § 214. Noch enger Rumänien Art. 176 d), wonach die andere Tat ein „Raub oder eine Piraterie“ sein muß.

¹²⁹ So etwa RStGB § 214 und GE 1911 § 254 II, letzterer mit dem Argument, eine solche Tötung erscheine umso verwerflicher, je geringer die Strafe sei, der der Täter entrinnen wollte.

¹³⁰ Keinen Unterschied machen hier Kuba Art. 316, Rumänien Art. 175 g), h), die Strafgesetzbücher Jugoslawiens (vgl. etwa Serbien Art. 36 II Nr. 4) sowie die o. Anm. 126 genannten schweiz. VE u. E. Demgegenüber nimmt *Otto*, ZStW 83 (1971), 79, merkwürdigerweise die fremdbegünstigende Verdeckungstat aus. Nur die Selbstbegünstigung erfassen RStGB § 214 und VE 1909 § 214.

¹³¹ So Niederlande Art. 288, vgl. auch RStGB § 214.

¹³² So Italien Art. 576 Nr. 3, 4.

¹³³ Zu Regelungen, die bei der Tötung im Zusammenhang mit anderen Straftaten nicht an eine Absicht des Täters anknüpfen, sondern die tatsächliche Durchführung dieser Tat voraussetzen, aber auch genügen lassen, s. u. 3 c).

fundenen einschlägigen Formulierungen zeichnen sich dadurch aus, daß sie nur das ungerechtfertigte Streben nach *geldwerten* Vorteilen erfassen. Überwiegend wird von der Tatbegehung aus „Habgier“¹³⁴ gesprochen, während schon *Merzbach*¹³⁵ und *v. Holtzendorff*¹³⁶ den Vorschlag gemacht haben, von der Tötung „in gewinnsüchtiger Absicht“ zu reden¹³⁷. Darin soll besser zum Ausdruck kommen, daß nicht schon das — in der Wertordnung unserer Gesellschaft positiv besetzte — Streben nach Reichtum, sondern nur ein kraß unmäßiges Verlangen nach Hinzugewinn gemeint ist¹³⁸.

Demgegenüber verallgemeinern manche Länder die Qualifizierung über den materiellen Bereich hinaus und bedrohen die „aus Eigennutz“ begangene Tat mit schwererer Strafe¹³⁹. Andere Kodifikationen beschreiben den umgekehrten Weg und heben bestimmte Fälle heraus, die im bundesdeutschen Strafrecht größtenteils als Erscheinungsformen der „Habgier“ angesehen werden¹⁴⁰, indem sie die Tötung gegen Gewährung oder Versprechen einer Belohnung¹⁴¹ bzw. die Tatbegehung gegen Bestechung oder Anbieten, Versprechen oder Gewähren einer Belohnung bzw. Begünstigung¹⁴² qualifizieren.

¹³⁴ So schon die schweizerischen Vorentwürfe und Entwürfe: vgl. VE 1894 Art. 50 II u. o. Anm. 126; ebenso der Formulierungsvorschlag der StRK 1936 (v. *Gleispach*, in *Gürtner*, BT², S. 385), E 1936 § 405, E 1962 § 135 I Nr. 3; *Otto*, ZStW 83 (1971), 79; *Stol* (Anm. 88), S. 163 und E *Lackner-Sem.* § 211 II Nr. 5). — In der GrStRK war sowohl die Aufnahme eines derartigen Kriteriums wie auch seine Formulierung als „Habgier“ nahezu unumstritten; vgl. Nds. XIII S. 207, aber auch *Eser*, DJT-Gutachten, § 2 III 3 c, § 7 III 2.

¹³⁵ *Merzbach* (Anm. 22), S. 45.

¹³⁶ *von Holtzendorff* (Anm. 41), S. 275, der daneben aber auch die Tötung „um eines rechtswidrigen Vorteils willen“ qualifiziert sehen wollte.

¹³⁷ Für eine derartige Formulierung („aus Gewinnsucht“) auch *Eser*, DJT-Gutachten, § 7 IV 6, nicht zuletzt aus der Erwägung heraus, auch das habituelle Wiederholungsmoment im Gesetzeswortlaut anklingen zu lassen.

¹³⁸ Vgl. E *Lackner-Sem.*, JZ 1977, 504.

¹³⁹ So Bulgarien Art. 116 Nr. 7, Albanien Art. 84 a), sowie — als Exemplifikation der ebenfalls ins Gesetz aufgenommenen „(besonders) niedrigen Beweggründe“ — Ungarn § 66 II d) und die neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher (vgl. z. B. Serbien Art. 36 II Nr. 4, Kroatien Art. 35 II Nr. 4, Slowenien Art. 46 II Nr. 4). Vermögensbezogen, aber recht farblos dagegen Rumänien Art. 175 c) („aus einem materiellen Interesse“) und österr. E 1912 § 286 Nr. 1 („um eines Vermögensvorteils willens“).

¹⁴⁰ Vgl. dazu *Eser*, in *Schönke-Schröder*, § 211 Rn. 17.

¹⁴¹ So Brasilien Art. 121 § 2 I.

¹⁴² So Kuba Art. 316 a).

c) Tötung aus sexuellen Motiven

Ziemlich einzigartig steht im internationalen Vergleich¹⁴³ das StGB-Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ da. Es hat auch in den kasuistischen Aufzählungen der Schweizer Entwürfe kein Vorbild und taucht zum ersten Mal in der 2. Lesung der StRK von 1936 auf¹⁴⁴, aus der es § 405 E 1936 übernommen hat.

Während der E 1962 aufgrund eines nahezu einhelligen Votums der GrStrK¹⁴⁵ eine Ausweitung der Fälle des Handelns „zur Erregung des Geschlechtstriebes“ vorsah¹⁴⁶, wird in den neueren bundesdeutschen Reformdiskussionen überwiegend auf eine derartige Qualifikation verzichtet¹⁴⁷. Otto versucht, die Qualifikation gefährlicher sexuell motivierter Tötungen von gefühlsbetonten Fehlreaktionen gegenüber triebkranken Rechtsbrechern durch ein eher situations- als motivbezogenes Abstellen auf das Töten bei Durchführung eines Sittlichkeitsverbrechens¹⁴⁸ abzulösen, wobei er sich auch auf ausländische Vorbilder¹⁴⁹ berufen könnte.

d) Tötung aus Mordlust

Auch dieses Merkmal, das allerdings bereits dem schweiz. VE 1894 bekannt war¹⁵⁰, kann heute als Besonderheit des deutschen Strafrechts angesehen werden. Außerhalb unseres Landes hält man es allgemein für überflüssig, da die wirklich besonders strafwürdigen Fälle durch andere qualifizierende Umstände erfaßt seien¹⁵¹. In der bundesdeutschen Reformdiskussion wird von man-

¹⁴³ Vgl. *Simson-Geerds* (Anm. 57), S. 23, auch zur Kritik an diesem Kriterium.

¹⁴⁴ v. *Gleispach*, in *Gürtner*, BT², S. 385.

¹⁴⁵ Vgl. Nds. XIII S. 207.

¹⁴⁶ § 135 I Nr. 2 E 1962; die Begründung (S. 272 f.) verweist auf die beabsichtigte Abschaffung des Generalmerkmals „niedrige Beweggründe“.

¹⁴⁷ Vgl. aber *Eser*, DJT-Gutachten, § 7 IV 5, wonach aus Präventionsgründen die Aufnahme der Tötung zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes in einen Regelbeispiel-Katalog zu erwägen ist; ebenso *Stol* (Anm. 88), S. 163.

¹⁴⁸ ZStW 83 (1971), 79.

¹⁴⁹ UdSSR Art. 102 f).

¹⁵⁰ VE 1894 Art. 50 II u. die o. Anm. 125 genannten Entwürfe.

¹⁵¹ Vgl. *Simson-Geerds* (Anm. 57), S. 23; Kritik an den älteren schweizerischen Vorentwürfen insoweit schon bei v. *Liszt*, VDB V S. 67. — Vgl. aber auch *Kuba* Art. 316 g), der mit einer gegenüber „Mordlust“ kaum weniger furchterregenden Formulierung das Handeln „aus sadistischen oder brutal-perversen Beweggründen“ erfaßt.

chen am Begriff „Mordlust“ festgehalten¹⁵², während der AE versucht, einerseits die Erfassung in schuldunfähigem Zustand begangener Triebtaten auszuschließen, andererseits aber der besonderen Gefährlichkeit ohne ein drängendes Motiv aus nichtigem Anlaß begangener Tötungen Rechnung zu tragen, indem er die „absichtlich und mutwillig“ begangene Tötung qualifiziert¹⁵³.

e) Konkret beschriebene Zielsetzungen und Motive

An weiteren konkret beschriebenen Zwecksetzungen bzw. Motiven, die gelegentlich als qualifizierende Merkmale Erwähnung finden, seien genannt:

— Das mit der Tat verfolgte Ziel, *Furcht und Schrecken in der Bevölkerung auszulösen*, erscheint im DDR-StGB¹⁵⁴ als Erschwerungsgrund. Noch weitergehend will E Lackner-Sem. auch bei Tötung, „um auf andere Druck auszuüben“, die Strafe verschärfen und damit „jede Verbreitung von Furcht, Schrecken und Unsicherheit in der Öffentlichkeit oder bei einzelnen Personen oder Personengruppen . . ., namentlich auch reine Terrorakte und die Realisierung erfolglos gebliebener Tötungsdrohungen“¹⁵⁵ erfassen. Einen ähnlichen Bedeutungsgehalt wird man hinter der Tötung „aus hooliganischen Beweggründen“ zu sehen haben¹⁵⁶.

— Vereinzelt wird — wie auch in der GrStrK erwogen¹⁵⁷ — das *Rachemotiv* sanktionsschärfend eingesetzt¹⁵⁸. Mangels entsprechender ethnischer Bezüge mutet unserem Rechtsempfinden jedenfalls die Qualifizierung der aus *Blutrache* begangenen Tötung¹⁵⁹ recht merkwürdig an.

¹⁵² So — ohne nähere Begründung — E 1962 § 135 I Nr. 1 und Stoll (Anm. 88), S. 163.

¹⁵³ Gegen die Verbindung von „absichtlich“ und „mutwillig“ und für die bloße Verwendung des letzteren Otto, ZStW 83 (1971), 58 f. — In eine ähnliche Richtung wie AE § 100 II Nr. 4 zielte schon Merzbachs Vorschlag, die „aus einem unpersönlichen Beweggründe“ ausgeführte Tötung zu qualifizieren (Anm. 22, S. 42, 45).

¹⁵⁴ DDR § 112 II Nr. 2.

¹⁵⁵ JZ 1977, 504. — Zur Problematik der Anwendung von § 211 auf Terrorismustaten de lege lata vgl. Geilen, in Bockelmann-Festschrift, S. 613 ff.

¹⁵⁶ UdSSR Art. 102 b), Bulgarien Art. 116 Nr. 10; vgl. auch Bosnien/Herzegovina Art. 36 II Nr. 3 und Serbien Art. 47 II Nr. 2 als Beispiele für die neuen jugoslawischen Regelungen.

¹⁵⁷ § 315 I Nr. 1 des 1. Vorschlags der Sachbearbeiter des BJM sah die Qualifizierung der aus „Rachgier“ begangenen Tötung vor, vgl. Nds. VII S. 330.

¹⁵⁸ So in Albanien Art. 84 a) sowie im neuen jugoslawischen Strafrecht, wo von „rücksichtsloser Rache“ gesprochen wird, vgl. z. B. Serbien Art. 47 II Nr. 4, Kroatien Art. 35 II Nr. 4, Slowenien Art. 46 II Nr. 4.

¹⁵⁹ Türkei Art. 450 Nr. 10, UdSSR Art. 102 j; ebenso in einigen Landesteilen Jugoslawiens, wie Serbien Art. 47 II Nr. 4 und Voivodina Art. 18 II Nr. 4.

— Als Versuche politischer Vergangenheitsbewältigung sind Vorschläge anzusehen, aus *rassischen, politischen* oder *religiösen* Gründen begangene Tötungshandlungen in § 211 aufzunehmen¹⁶⁰. Damit ist indes der Regelungsbereich des hier ausgeklammerten § 220 a angesprochen¹⁶¹.

f) Motivgeneralklausel: „niedriger Beweggrund“

Schon bei der Beratung des schweiz. VE 1916 war man zu der Erkenntnis gelangt, daß es unmöglich ist, alle wegen ihrer Motivation oder Zwecksetzung für besonders strafwürdig erachteten Tötungsfälle enumerativ aufzuzählen, und hat deswegen die Generalklausel der „anderen gemeinen Beweggründe“ in den Entwurf aufgenommen¹⁶². Eine sachlich vergleichbare Vorschrift findet sich auch in den Qualifizierungskatalogen einiger anderer Länder¹⁶³.

In der neueren deutschen Reformdiskussion läßt sich die Tendenz ablesen, dem Beispiel der Schweiz zu folgen, die bereits im E 1918 von der Motivgeneralklausel wieder abgerückt war¹⁶⁴: Glaubte *Schröder* noch, der Uferlosigkeit dieses Kriteriums durch die Formulierung aus „besonders niedrigen Beweggründen“ entgegenwirken zu können¹⁶⁵, so wollte schon der E 1962 — und mit ihm alle späteren Reformvorschläge — ganz auf ein solches Merkmal verzichten, da es zu unbestimmt und somit für eine klare Abgrenzung des Mordes untauglich sei¹⁶⁶.

¹⁶⁰ So der auf der Wiesbadener Juristentagung verabschiedete Vorschlag, vgl. SJZ 1947 Sp. 220. — Auch in der GrStrK hatte man erwogen, die aus Rassenhaß begangene Tötung als Mord zu qualifizieren, vgl. Nds. VII S. 49, 52.

¹⁶¹ In den Beratungen der GrStrK wurde auch erwogen, die Beweggründe „Neid“ und „niederträchtiger Haß“ als Qualifizierungsgründe vorzusehen, vgl. Nds. VII S. 47 f., 330.

¹⁶² Vgl. schweiz. VE 1916 Art. 104 II.

¹⁶³ Vgl. Albanien Art. 84 a), Brasilien Art. 121 § 2 I, II (mit Unterscheidung zwischen niedrigem und nichtigem Beweggrund), Ungarn § 166 II c): („besonders verwerflicher Grund bzw. Zweck“); in Jugoslawien ist in den meisten Kodifikationen von *niedrigen* (vgl. z. B. Bosnien/Herzegowina Art. 36 II Nr. 4, Mazedonien Art. 37 II Nr. 4, Slowenien Art. 46 II Nr. 4, Serbien Art. 47 II Nr. 4), in Kroatien Art. 35 II Nr. 4 dagegen von *besonders niedrigen* Beweggründen die Rede.

¹⁶⁴ Da sie „den Tatbestand doch allzusehr erweitert“ hätten, vgl. *Thormann*-v. *Oberbeck*, Schweizerisches Strafbuch II, Bes. Teil, 1941, Art. 112 Rn. 1.

¹⁶⁵ Mat. I S. 293.

¹⁶⁶ Begr. S. 273; ebenso *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 460; vgl. auch *Eser*, DJT-Gutachten, § 2 III 3 a.

In der Diskussion um die „niedrigen Beweggründe“ und ihre Konkretisierung zeigt sich somit eine bemerkenswerte Ambivalenz: Einerseits ist man der Meinung, daß die besondere Verwerflichkeit einer vorsätzlichen Tötung in der Niedrigkeit von Motiv bzw. Zweck liegen kann, andererseits sieht man sich nicht imstande, hinreichend bestimmt und abschließend zu umschreiben, was diese Niedrigkeit ausmachen soll.

3. „Tatbezogene“ Qualifizierungsgründe

a) Begehungsweise: heimtückisch — grausam

In erster Linie geht es hier um die Qualifizierung der Tötung aufgrund einer besonderen Begehungsweise. Dabei sind zwei ganz verschiedene Verhaltensweisen des Täters zu unterscheiden: das tückische (aa) und das grausame (bb) Vorgehen¹⁶⁷.

aa) In der einen oder anderen Gestalt findet sich in den meisten kasuistischen Kriterienkatalogen¹⁶⁸ die Hervorhebung des Meuchelmords, der „heimtückischen“, die Gegenwehr des Opfers ausschließenden Tötung, wobei bald einer eher konkreten Beschreibung verschiedener Begehungsweisen¹⁶⁹, bald einem eher generellen Begriff (wie Heimtücke, Hinterlist)¹⁷⁰, häufig aber auch der exemplifizierenden Methode¹⁷¹ der Vorzug gegeben wird.

¹⁶⁷ Daneben verdient auch noch die Qualifizierung der bandenmäßigen Tatbegehung Beachtung, die in der GrStrK erwogen wurde (vgl. Nds. VII S. 349; XIII S. 658, 662 f.). Vgl. dazu auch Eser, DJT-Gutachten, § 7 IV 3.

¹⁶⁸ Neben dem Überlegungsprinzip wird die Qualifikation der heimtückischen Tötung allgemein für entbehrlich gehalten, vgl. E 1962 Begr. S. 273. Vgl. aber auch Frankreich Art. 296 und dazu von Liszt, VDB V S. 85.

¹⁶⁹ So z. B. Kuba Art. 316 b) (Tatbegehung „unter Benutzung von Mitteln, Tatumständen oder Handlungsweisen, die direkt und speziell darauf abzielen, die Tatausführung ohne eine Gefahr für den Angreifer, die aus der Möglichkeit des Angegriffenen zur Verteidigung besteht, sicherzustellen“).

¹⁷⁰ Vgl. z. B. DDR § 112 II Nr. 3, Spanien Art. 406 Nr. 1 („heimtückisch“), Bosnien/Herzegowina Art. 36 II („auf hinterlistige Art“), Frankreich Art. 296 („Hinterhalt“). Etwaigen Bedeutungsunterschieden zwischen den verschiedenen Formulierungen braucht hier nicht nachgegangen zu werden.

¹⁷¹ Oft wird zumindest der Giftmord als klassischer Fall heimtückischer Tötung (vgl. aber v. Liszt, VDB V S. 87) erwähnt, vgl. z. B. schweiz. VE 1894 Art. 50 II, Italien Art. 577 Nr. 2. Ausführlicher dagegen etwa Brasilien Art. 121 § 2 III, IV (unter Anwendung von Gift ... oder anderen hinterlistigen ... Mitteln; verräterisch, hinterhältig oder vermittels Täu-

In der jüngeren bundesdeutschen Reformdiskussion ist die Zukunft des Heimtücke criteriums sehr umstritten. Während Schröder für eine Beibehaltung plädierte¹⁷², wollen andere sie ganz beseitigt wissen¹⁷³ oder zumindest der beispielsweise in der Mißachtung der Tatmotive begründeten Rigidität¹⁷⁴ durch eine Einschränkung auf Fälle des Vertrauensmißbrauchs¹⁷⁵ bzw. des Mißbrauchs sozial positiver Verhaltensmuster¹⁷⁶ begegnen.

bb) Auch die *Grausamkeit* der Tatbegehung taucht oft als qualifizierendes Kriterium auf und findet sich schon in den schweizerischen Vorentwürfen¹⁷⁷. Für das deutsche StGB wurde es erstmals von *Merzbach* vorgeschlagen¹⁷⁸. Auch im Katalog der StrK 1936¹⁷⁹ und in § 405 E 1936 fehlt es nicht. In den neueren bundesdeutschen Reformentwürfen ist das Merkmal häufig vertreten, wobei teils ein Abstellen allein auf das Zufügen erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen empfohlen¹⁸⁰, teils darüber hinaus ein Handeln des Täters aus gefühlloser und unbarmherziger Gesinnung verlangt wird¹⁸¹. Der E 1962 hält es dagegen für so unbestimmt, daß seine Beibehaltung nicht vertretbar erscheine¹⁸². Grundsätzliche Zweifel an der Berechtigung dieses Merkmals meldet indes *Franz von Liszt* an, wenn er meint, bei grausamer Tatbegehung fehle es in der Regel an der (vollen) Verantwortlichkeit des Täters¹⁸³.

Auch in ausländischen Strafrechtskodifikationen wird die grausame Tatbegehung oft als erschwerender Umstand erwähnt:

schung oder anderer Mittel, die dem Verletzten die Verteidigung erschweren oder unmöglich machen).

¹⁷² Mat. I S. 293 („heimtückisch“); i. Erg. ebenso *Rengier*, MDR 1980, 6.

¹⁷³ § 100 AE, E *Friedrich/Koch*; *Otto*, ZStW 83 (1971), 63 f.; *Rüping*, JZ 1979, 626 f.

¹⁷⁴ Dazu eingehend *Eser*, DJT-Gutachten, § 2 III 3 b.

¹⁷⁵ So z. B. E *Lackner-Sem.*, JZ 1977, 504.

¹⁷⁶ Vgl. *M.-K. Meyer*, JR 1979, 485 ff. Gegen sie *Rengier*, ZStW 92 (1980), S. 472 bei Anm. 57.

¹⁷⁷ In unterschiedlicher Ausformulierung, vgl. VE 1894 Art. 50 II („unter Verübung von Grausamkeit“), VE 1908 Art. 64 („mit Grausamkeit“), VE 1916 Art. 104 („mit besonderer Grausamkeit“).

¹⁷⁸ *Merzbach* (Anm. 22), S. 45: „auf eine grausame Art“.

¹⁷⁹ S. v. *Gleispach*, in *Gürtner*, BT³, S. 385 („auf grausame Weise“).

¹⁸⁰ AE § 100 II Nr. 3, E *Friedrich/Koch* § 211 II Nr. 2, E *Lackner-Sem.* § 211 II Nr. 4, *Otto*, ZStW 83 (1971), 79.

¹⁸¹ *Schröder*, Mat. I S. 293, ebenso *Rspr.* und h. M. zum Mordmerkmal „grausam“ des § 211; vgl. *Eser*, in *Schönke-Schröder*, § 211 Rn. 27.

¹⁸² E 1962 Begr. S. 273 unter Hinweis auf BGHSt. 3, 180.

¹⁸³ VDB V S. 68 und 87.

Dabei finden sich auch hier wechselweise abstrakt-generelle Kriterien, bei denen bald mehr die Begehungsweise¹⁸⁴, bald mehr die Folgen für das Opfer¹⁸⁵ beschrieben sind, und konkret-plastische Formulierungen, bei denen man bisweilen förmlich das Blut fließen sieht¹⁸⁶.

b) Gefährdung anderer

Vielfach wird eine schärfere Strafdrohung daran geknüpft, daß es bei der Tat zu einer Verletzung oder Gefährdung weiterer Personen gekommen ist.

aa) Bei der *Tötung mehrerer Personen* kann es sich um tateinheitliches oder tatmehrheitliches Verhalten oder um eine Rückfalltat handeln. Die tateinheitliche Tatbegehung wird zwar oft schon durch die Qualifizierung gemeingefährlicher Begehungsweisen erfaßt, häufig aber auch durch den Gesetzeswortlaut der die Mehrfachtötung qualifizierenden Merkmale einbezogen¹⁸⁷.

Bisweilen wird die Tötung mehrerer Personen zusammen mit der im Rückfall begangenen Tötung qualifiziert¹⁸⁸. Dahinter dürfte stehen, daß in beiden Fällen sich die der Strafschärfung zugrundeliegende Einschätzung des Täters als besonders gefährlich in der mehrfachen Verletzung des Rechtsguts Leben zeigt. Allerdings ist zu beobachten, daß die Rückfallqualifikation nicht überall ein Tötungsdelikt als Vortat voraussetzt¹⁸⁹. Be-

¹⁸⁴ Vgl. Rumänien Art. 176 a): „unter Verübung von Grausamkeit“, Ungarn § 166 d): „besonders grausam“; weitergehend spricht DDR § 112 II von der „in besonders brutaler Weise“ begangenen Tötung.

¹⁸⁵ Vgl. Bulgarien Art. 116 Nr. 6: „in einer für den Getöteten besonders qualvollen Weise oder mit besonderer Grausamkeit“.

¹⁸⁶ Vgl. z. B. Brasilien Art. 121 § 2 III: „unter Anwendung von Erstickungsmitteln, Folterung oder anderen grausamen Mitteln“; vergleichsweise „harmlos“, dafür aber sehr weitgehend, Kuba Art. 316 ch): „bewußtes Vermehren des Leidens des Opfers, indem ihm weiteres als das für die Begehung der Straftat nötige Leid zugefügt wird“; interessant auch Spanien Art. 406 Nr. 5: „Tötung mit Grausamkeit durch Vergrößerung der Schmerzen des Angegriffenen in überlegter und unmenschlicher Weise“.

¹⁸⁷ Vgl. Bulgarien Art. 116 Nr. 4, Türkei Art. 450 Nr. 5, UdSSR Art. 102 a). Tatmehrheit verlangt dagegen DDR Art. 112 II Nr. 4 (vgl. dazu Lehrkommentar Bd. 2 § 112 Anm. 7), wohingegen Rumänien Art. 176 b) u. c) sowie Albanien Art. 84 b) nebeneinander die gleichzeitige wie die durch selbständige Handlungen verübte Tötung an zwei oder mehreren Personen qualifizieren.

¹⁸⁸ Z. B. DDR § 112 II Nr. 4, Bulgarien Art. 116 Nr. 11, Ungarn § 166 h).

¹⁸⁹ So Bulgarien Art. 116 Nr. 11 und UdSSR Art. 102 k), die die einen gefährlichen Rückfall darstellende Tötung qualifizieren, wobei Vortat auch eine andere Gewalttat sein kann. Zu sachlich ähnlichen Ergebnissen führt DDR Art. 112 II Nr. 5, wo die nach mehrfacher Bestrafung wegen

merkenswerterweise sind bisweilen die Fälle wiederholter provozierter Tötung bzw. wiederholter Kindestötung ausdrücklich von der Rückfallqualifizierung ausgenommen¹⁹⁰.

In der deutschen Reformdiskussion schlagen verschiedene Entwürfe die Qualifizierung der mehrfachen Tötung vor¹⁹¹, wobei Fälle tateinheitlicher Tatbegehung ausdrücklich eingeschlossen oder zumindest nicht ausgeschlossen werden. Franz von Liszt empfiehlt stattdessen die Qualifikation der Tötung durch eine Person, die bereits zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt war oder ist, da so alle von besonders gefährlicher antisozialer Gesinnung getragene Tötungshandlungen erfaßt werden könnten¹⁹². Merzbach¹⁹³ wollte schließlich den Täter qualifiziert bestraft wissen, dessen Vorsatz auf eine Mehrheit von Personen gerichtet ist, und damit die besondere Gemeingefährlichkeit des Täters nicht aus dem objektiven Tatgeschehen oder der Vortat, sondern aus der subjektiven Tatseite ableiten¹⁹⁴.

bb) Will der Gesetzgeber auf die *Gemeingefährlichkeit der Tatbegehung* abstellen, so kann er bestimmte Begehungsweisen nennen, die er als besonders gefährlich ansieht¹⁹⁵; er handelt sich dann freilich den Vorwurf ein, willkürlich zu selektieren¹⁹⁶. Verbreiteter sind daher Kodifikationen, die auch eine generelle Um-

bestimmter Gewaltverbrechen begangene vorsätzliche Tötung qualifiziert wird.

¹⁹⁰ Vgl. UdSSR Art. 102 i), Bulgarien Art. 116 Nr. 11 sowie die neuen jugoslawischen Kodifikationen (z. B. Serbien Art. 47 III, Bosnien/Herzegovina Art. 36 II Nr. 6 u. 7).

¹⁹¹ AE § 100 II Nr. 1, E Friedrich/Koch § 211 II Nr. 1, E Lackner-Sem. § 211 II Nr. 1, Otto, ZStW 83 (1971), 79.

¹⁹² VDB V S. 101.

¹⁹³ Merzbach (Anm. 22), S. 45. Mit gleicher Begründung empfiehlt er die Qualifizierung der Tötung, bei der der Vorsatz des Täters nicht auf eine bestimmte Person gerichtet ist.

¹⁹⁴ Nach unserem Verständnis vom *nasciturus* als selbständigem Rechtsgut könnte man hier auch die *Tötung Schwangerer* einordnen, die in einigen Ländern qualifizierend hervorgehoben wird (z. B. in Bulgarien Art. 116 Nr. 4, UdSSR Art. 102 g), Rumänien Art. 176 e). Allerdings kommt als Straferhöhungsgrund auch in Betracht, daß sich der Täter einer ihm ins Haus stehenden Unterhaltspflicht entziehen will. — Der deutschen Reformdiskussion ist ein solcher Straferschwerungsgrund unbekannt. Etwaige besonders strafwürdige Fälle könnten *de lege lata* wohl durch eine zweck- oder motivorientierte Qualifikation erfaßt werden.

¹⁹⁵ So z. B. schweiz. VE 1894 Art. 50 II, VE 1896, Art. 51 II, VE 1903 Art. 60 II, VE 1908 Art. 64 Abs. 2, die die Tatbegehung mittels Sprengstoffen oder Feuer ausführten; rein kasuistisch auch Spanien Art. 406 Nr. 3: Tötung mittels Überschwemmung, Brandstiftung oder Sprengstoff, wobei freilich bei anderen gemeingefährlichen Taten oft das Überlegungskriterium des Art. 406 Nr. 4 eingreifen dürfte, sowie Homicide Act Sec. 5 (1) b): Tötung „by causing an explosion“ bzw. „by shooting“.

¹⁹⁶ Vgl. von Liszt, VDB V S. 92.

schreibung der gemeingefährlichen Tatbegehung enthalten¹⁹⁷ oder sogar ganz auf eine exemplifizierende Veranschaulichung verzichteten¹⁹⁸. Aus dem Gesetzeswortlaut geht dann freilich nicht immer hervor, ob schon eine *abstrakte* Gefahr genügen oder eine *konkrete* Gefährdung erforderlich sein soll.

Für das deutsche Strafrecht hatte bereits v. Liszt vorgeschlagen, die Tötung „mittels einer gemeingefährlichen Straftat“ mit erhöhter Strafe zu bedrohen. Die Formulierung „mit gemeingefährlichen Mitteln“ der Novelle 1941 geht auf E StrK 1936¹⁹⁹ und auf § 405 E 1936 zurück. Auch die Nachkriegs-Reformvorschläge halten die gemeingefährliche Begehungsweise überwiegend für erhöht strafwürdig. Unterschiede zeigen sich allerdings hinsichtlich des Gefahr-Kriteriums: Manche verlangen eine unmittelbare Gefährdung des Lebens weiterer Menschen²⁰⁰; dagegen verzichtet § 211 II Nr. 2 E Lackner-Sem. auf das Unmittelbarkeitserfordernis. Der E 1962 hält eine eigene Hervorhebung neben dem Überlegungskriterium für unnötig, wendet sich aber auch dagegen, diesen Regelungsbereich durch ein absolutes Mordmerkmal zu erfassen²⁰¹.

c) Bei der im *Zusammenhang mit anderen Straftaten* begangenen Tötung wird häufig nicht schon an die Absicht der Tatbegehung angeknüpft²⁰², sondern deren tatsächliche Durchführung vorausgesetzt. Unterschiede bestehen hier vor allem hinsichtlich der in Betracht kommenden Begleittaten. So erfaßt Art. 351 Nr. 4 Portugal alle Fälle, in denen vorher, gleichzeitig oder nachher ein anderes, mit mehr als zwei Jahren Gefängnis bedrohtes Verbrechen begangen wurde²⁰³, während sich andere Regelungen auf die Aufzählung einzelner Delikte beschränken²⁰⁴.

¹⁹⁷ In dieser Weise exemplifiziert denn auch der schweiz. VE 1916 Art. 104 und schweiz. E 1918 Art. 99 (Feuer, Sprengstoff oder andere Mittel, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden); strukturgleich Brasilien Art. 121 § 2 III.

¹⁹⁸ So z. B. DDR § 112 II Nr. 2, Bulgarien Art. 116 Nr. 6, Ungarn § 166 g), Rumänien Art. 175 e), Kuba Art. 316 e), Serbien Art. 47 II Nr. 3 und die anderen neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher sowie österr. E 1909/12 § 286 Nr. 1.

¹⁹⁹ von Gleispach, in Gürtner, BT³, S. 385.

²⁰⁰ AE § 100 II Nr. 2, E Friedrich/Koch § 211 II Nr. 1, Otto, ZStW 83 (1971), 79; ähnlich Siol (Anm. 88), S. 163.

²⁰¹ E 1962 Begr. S. 273.

²⁰² S. dazu o. 2 a). — In der GrStrK wurde offenbar nur diese Alternative erwogen.

²⁰³ Noch umfassender will von Liszt die Tötung bei Ausführung einer anderen strafbaren Handlung qualifizieren — eine der Absichtsmerkmale entkleidete Version des § 214 RStGB.

²⁰⁴ Vgl. österr. E 1909/12 § 286 Nr. 1: Tötung bei Ausführung eines Diebstahls, Raubs oder eines Verbrechens gegen die Sittlichkeit sowie UdSSR Art.

C) Unbenannte „besonders schwere Fälle“

Dieses im geltenden deutschen Strafrecht aus § 212 II StGB bekannte Merkmal hat reformgeschichtliche Vorläufer in den E 1913, 1919, 1925, 1927 und 1930²⁰⁵. Man hat damit das Ziel verfolgt, einem weiten Totschlagsstrafrahmen gewisse Konturen zu geben. Ein Blick auf die Strafandrohungen zeigt allerdings, daß auch dem besonders schweren Fall des Totschlags nicht das Gewicht des „gewöhnlichen“ Mordes beigemessen wurde²⁰⁶.

Unter den Reformvorschlägen aus neuer Zeit operieren nur zwei in unterschiedlicher Form mit diesem Instrument: Während *Schröder* seinen „besonders schweren Fall“ des Mordes durch drei zwingende Kriterien exemplifiziert²⁰⁷, kann nach dem E *Lackner-Sem.* nur bei Vorliegen eines der dort genannten sieben Kriterien ein „besonders schwerer Fall“ angenommen, trotz deren Vorliegen ein solcher aber auch verneint werden²⁰⁸. Beiden Vorschlägen ist — im Unterschied zu den oben genannten Entwürfen — gemeinsam, daß sie keine weitere, zwischen Mord und dem gewöhnlichen Totschlag anzusiedelnde Unterstufe bilden, sondern gerade die schwersten Tötungsdelikte erfassen wollen.

Die Technik der unbenannten „besonders schweren Fälle“ ist international ungebräuchlich²⁰⁹. Das mit ihr verbundene Manko,

102 f.: Tötung im Zusammenhang mit Notzucht. Bemerkenswert auch der in Kuba Art. 316 h) unternommene Versuch, Tötungen bei einer Geiselnahme zu erfassen. Kurios dagegen Art. 316 i): illegales Tragen einer militärischen Uniform bei der Tat bzw. Vortäuschung, öffentlicher Beamter zu sein.

²⁰⁵ Nach E 1913 § 118 I, E 1919 § 117 I, E 1925 § 76 II, E 1927 § 77 II und E 1930 § 77 II soll ein besonders schwerer Fall vorliegen, wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder wegen ihrer verschuldeten Folgen ungewöhnlich schwer (ab E 1925: besonders strafwürdig) ist.

²⁰⁶ In den genannten Entwürfen findet sich als Gegenstück zu den „besonders schweren Fällen“ die — auch bei Mord gegebene — Möglichkeit, über „mildernde Umstände“ eine gegenüber der Regelstrafe reduzierte Sanktion auszusprechen. Vgl. dazu u. III D.

²⁰⁷ *Schröder*, Mat. I S. 293: besonders niedrige Beweggründe, heimtückisch oder grausam.

²⁰⁸ JZ 1977, 504: Das Vorliegen eines solchen Kriteriums sei „notwendig und in der Regel ausreichend“, die Höchststrafe zu verhängen.

²⁰⁹ Der Konstruktion *Schröders* vergleichbar war § 216 II des alten CSSR-StGB, der freilich inzwischen einer einheitstatbestandlichen Lösung Platz gemacht hat (vgl. o. I A 2 a).

jeglichen Hinweis auf die sachliche Konzeption der Erschwerungsgründe vermissen zu lassen, hält die Gesetzgeber zu Recht davon ab, zur Umschreibung der schwersten Tötungsfälle ein derartiges Vorgehen zu wählen²¹⁰.

III. Privilegierende Tötungselemente

Im Vergleich zur umfänglichen Erfassung qualifizierender Umstände findet die Ausgestaltung minder schwerer Fälle vorsätzlicher Tötung im allgemeinen auffällig wenig Raum. Obwohl immer wieder die Vielfalt möglicher Milderungsanlässe betont wird²¹¹, sind auch rechtsvergleichend betrachtet kasuistische Ausgestaltungen von Milderungsgründen verhältnismäßig selten. Soweit es geschieht, bilden überwiegend *Schuld*minderungsgesichtspunkte den Privilegierungsgrund, während *Unrechts*minderung nur bei Tötung auf Verlangen angenommen wird²¹². Soweit man nicht einfach in einer *unbenannten* Milderungsklausel die Zuflucht sucht (D), stehen als *benannte* Privilegierungsgründe drei im Vordergrund: die durch eine *Gemütsbewegung* (A) oder *Provokation* (B) veranlaßte oder aus einer schuld mindernden *Tatmotivation* (C) begangene Tötung.

A) *Gemütsbewegung*

Obleich die Veranlassung des Täters durch eine bestimmte Gemütsbewegung ein verbreitetes Milderungskriterium darstellt, können sich dahinter durchaus unterschiedliche Sachgehalte verbergen.

1. Terminologische Vielfalt und unterschiedliche Funktion

Einerseits finden sich zur Erfassung dieses Privilegierungsansatzes teils *verschiedene Termini*, ohne daß damit sachlich Verschiedenartiges gemeint wäre: So wenn etwa im Gesetzestext von „*Gemütsbewegung*“²¹³, in dazugehörigen Erläuterungen hingegen

²¹⁰ Anders steht es um die Verbreitung dieser Gesetzestechnik bei den Milderungsgründen, vgl. u. III D.

²¹¹ Woraus sich wohl die in der deutschen Reformgeschichte zu beobachtende Vorliebe für nicht weiter präzisierete mildernde Umstände erklärt.

²¹² Vgl. AE BT/1, Begr. S. 21 zu § 101, Eser, in *Schönke/Schröder*, § 216 Rn. 1 m. w. N.

²¹³ GE 1911 § 254 III; E Radbruch § 219 E 1925 § 222, E 1930 § 246 II, E StrK 1936, 2. Lesung (v. Gleispach, in *Gürtner*, BT¹, S. 385); in E 1962 § 134 II ist dagegen „*Gemüts*erregung“ formuliert, ebenso AE § 100 III Nr. 1, E *Friedrich/Koch* § 211 III Nr. 1, E *Lackner-Sem.* § 212 I.

von „Gemütserregung“²¹⁴ — oder umgekehrt — die Rede ist, ist man sich eines möglichen psychischen Unterschieds oft nicht bewußt. Gleiches gilt für das gelegentliche Reden von „Erregung“²¹⁵ oder „Affekt“²¹⁶. Dagegen wurde bereits im österr.E 1912 zutreffend erkannt, daß sich — anstelle der primär auf sthenische Affekte (wie Zorn und Wut) abzielenden „Gemütserregung“ — durch den Begriff der „Gemütsbewegung“ weitaus müheloser auch asthenische Affekte (wie Mutlosigkeit, Verzweiflung) erfassen lassen²¹⁷.

Andererseits kann trotz gleichen Sprachgebrauchs dem Affektkriterium eine durchaus *unterschiedliche Funktion* zukommen: Zum einen dient es — unter Berufung auf germanische Rechtstradition und Volksbewußtsein²¹⁸ — zur *Zweiteilung* der Tötungsdelikte: Mord als die kaltblütige, ohne besondere Gemütserregung ausgeführte, Totschlag als die im Zustand der Gemütserregung, in leidenschaftlicher Aufwallung begangene vorsätzliche Tötung²¹⁹. Zum anderen wird das Affektkriterium gebraucht, um im Rahmen einer *Dreistufung* der Tötungsdelikte die *milderen*

²¹⁴ Vgl. z. B. E 1962 Begr. S. 271 zu § 134, wo Gleichheit des Regelungsgehalts mit E 1925 § 222 und E 1930 § 246 II („Affekttötung“), ja sogar mit § 213 I. Alt. StGB behauptet wird.

²¹⁵ E 1936 § 407, E Schröder § b I (Mat. I S. 293), E Otto III (ZStW 83 [1971], 79).

²¹⁶ Vgl. E 1936 Begr. S. 246, E 1925 Begr. S. 116, Radbruch, in P. F. Aschrott/E. Kohlrausch (Hrsg.), Reform des Strafrechts, 1926, S. 303; aber auch DDR § 113 I Nr. 1, wo nur die „hochgradige Erregung“ (durch Klammerzusatz) als „Affekt“ bezeichnet wird. Vgl. ferner schweiz. E 1918, wo in Art. 100 von „Gemütsbewegung“, in der Begr. hingegen von „Gemütsaufregung“ gesprochen wird (S. 31). Dagegen wird in den schweiz. VE 1894 bis 1909 die „leidenschaftliche Aufwallung“ als Milderungsgrund angesehen (dazu u. 2.).

²¹⁷ Begr. S. 260. Ebenso die Begr. zu § 76 österr. StGB in Dokumentation zum StGB, hrsg. v. (österr.) Bundesmin. f. Justiz, 1974, S. 121 sowie Foregger/Serini, Strafgesetzbuch, 1978², § 76 Erl. I. Vgl. auch Eser, DJT-Gutachten, § 6 II 3.

²¹⁸ Vgl. Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 306.

²¹⁹ So der Reformvorschlag von Wachenfeld (Anm. 41), S. 296; ähnlich z. B. Meyer von Schauensee (Anm. 83), S. 57. Geltendes Recht ist diese Unterscheidung z. B. in Griechenland Art. 299. Zur Dogmengeschichte dieses uralten Ansatzes, der über eine Fehlinterpretation der römisch-rechtlichen Prämeditationslehre schließlich im 19. Jhd. zur „Dreistufigkeit“ führt, näher Eser, DJT-Gutachten, § 5 IV 4. Vgl. ferner o. II A 1 zu der aus dem Affektkriterium gefolgerten Konsequenz einer „negativen“ Formulierung des Mordtatbestandes.

Fälle vom „Normalfall“ abzuschichten²²⁰. Diese unterschiedliche Funktion schlägt sich teilweise auch in der *Verschiedenheit der Ausgestaltung* nieder.

2. Gemütsregung als hinreichender Privilegierungsgrund

Bisweilen wird für den „Totschlagstatbestand“ lediglich eine Gemütsregung von gewisser Stärke verlangt²²¹: Schon der Umstand, daß ein solcher Affekt vorliegt, soll dem Täter zugute kommen; ihm wird nachgesehen, daß ihn in solcher Situation keine Hemmung von der Tat abhalten konnte, daß es sich um eine Bluttat „beinahe elementaren Ursprungs“ handelte²²².

Gegen diese Weite des Milderungsgrundes ist jedoch zu Recht eingewandt worden, daß die voraussetzungslos mildere Behandlung der heftigen Gemütsregung zu ungerechtfertigter Privilegierung desjenigen führt, der zwar „in leidenschaftlicher Aufwallung“, aber bei dem geringfügigsten Anlaß tötet: In diesem Fall sei die Strafwürdigkeit nicht gemildert, sondern gesteigert²²³.

3. Normative Einschränkungen des Affektkriteriums

Zwar nicht ausschließlich, vor allem aber dort, wo es auf dreistufiger Basis lediglich um die Erfassung der am mildesten erachteten Tötungsfälle geht, wird das Affektkriterium normativ eingeschränkt. Dabei werden verschiedene Wege beschritten:

a) Teils wird darauf abgestellt, ob ein „*genügender Anlaß*“ für die Gemütsbewegung vorhanden war²²⁴, wobei ein solcher jedoch vereinzelt nur bei Provokation gegeben sein soll²²⁵.

b) Statt das Erfordernis eines „*genügenden Anlasses*“ eigens zu kodifizieren, wird überwiegend das Merkmal der Gemüts-

²²⁰ So insbes. Schweiz Art. 113, ferner z. B. Ungarn §§ 166 f., UdSSR Art. 102 ff. sowie E 1962 § 134 II.

²²¹ Vgl. Griechenland Art. 299: „In einer heftigen Gemütsbewegung beschlossen und ausgeführt“, *Wachenfeld* (o. Anm. 41), S. 296: „Wenn er den Entschluß in der Erregung gefaßt und ausgeführt hat“.

²²² Vgl. schweiz. VE 1894 Begr. S. 147: „Der Thäter wird von seinem Temperamente zu der That hingerissen, das Blut wallt auf und die That ist geschehen.“

²²³ v. Liszt, VDB V S. 65, 94 f.

²²⁴ Im Sinne dieses Vorschlags v. Liszt (VDB V S. 101 f.) etwa Ungarn § 167, ferner Polen Art. 148 II: Tötung „unter Einfluß einer durch gerechtfertigte Umstände bewirkten Erregung“.

²²⁵ So namentlich v. Liszt (Anm. 224), der deshalb auf eine Ausformulierung des Affektkriteriums glaubte verzichten zu können, jedoch in gewissem Widerspruch dazu durch Zulassung „allgemeiner mildernder Umstände“ letztlich denn doch auch andere Fälle erfassen wollte.

bewegung selbst durch ein Zusatzerfordernis eingeschränkt: und zwar dadurch, daß zumindest ein bestimmter Intensitätsgrad der Gemütsbewegung („Heftigkeit“) verlangt wird oder (zusätzlich) die Gemütsbewegung den Umständen nach „gerechtfertigt“, „entschuldigend“ oder „begrifflich“ sein muß.

Beispielhaft dafür ist die schweizerische Reformdiskussion: Während nach den VE 1894, 1896, 1903 und 1908 im Sinne der „Intensitätstheorie“ schon die „in leidenschaftlicher Aufwallung“ begangene Tötung privilegiert sein sollte, wird erstmals im VE 1916 auf eine „nach den Umständen entschuldige heftige Gemütsbewegung“ abgehoben²²⁶.

Ähnlich wird in den österr. E 1909 und 1912 § 288 Nr. 11 nur die in einer „durch die Umstände gerechtfertigten heftigen Gemütsbewegung“ begangene Tötung privilegiert²²⁷. Im gleichen Sinne spricht heute § 76 österr. StGB von einer „allgemein begrifflichen heftigen Gemütsbewegung“²²⁸.

Auch in den deutschen Reformentwürfen dieses Jahrhunderts findet sich häufig ein normativ begrenztes Gemütsregungskriterium zur Beschreibung minder schwerer Tötungsfälle. Dabei sind im wesentlichen drei verschiedene Formulierungen zu finden:

— Solange nur Provokationsfälle erfaßt werden sollen, wird auf eine „gerechtfertigte heftige Gemütsbewegung“, durch die der Täter „auf der Stelle zur Tötung hingerissen worden“ sein muß, abgehoben²²⁹.

²²⁶ Schweiz. VE 1916 Art. 105, E 1918 Art. 100; schließlich 1937 Gesetz geworden: Art. 113. Im Schweiz E 1980 (Anm. 26) soll diese Vorschrift um die Alternative Tatbegehung „unter großer seelischer Belastung“ ergänzt werden.

²²⁷ In der Begr. zum österr. E 1912 heißt es dazu bereits treffend (S. 260): „Wer in heftiger Gemütsbewegung eine strafbare Handlung begeht, erscheint weniger gefährlich als ein anderer. Verflüchtigt sich die Leidenschaft, tritt der Verstand wieder in seine Rechte und gewinnt der fehlbar Gewordene die Herrschaft über sich zurück, so ist von ihm nichts weiter zu fürchten. Freilich unter einer Voraussetzung: daß er sonst rechtlich gesinnt ist. Deshalb läßt der Entwurf . . . die heftige Gemütsbewegung nicht schlechthin entscheiden, sondern nur die gerechtfertigte heftige Gemütsbewegung. Die Stimmung des Täters muß ihren Grund in Vorkommnissen oder Verhältnissen haben, die auch einen rechtlich gesinnten Mann in Affekt bringen können. Man darf nicht aus der Ursache der Gemütsbewegung auf einen schlechten Charakter des Täters schließen müssen. Die Aufgeregtheit des chronischen Alkoholisten wird darum nicht als gerechtfertigte heftige Gemütsbewegung in Betracht kommen können, wohl aber der Zorn, in den jemand über die rohe Mißhandlung eines Kindes gerät“.

²²⁸ Vgl. Foregger/Serini, § 76 Anm. I m. w. N.

²²⁹ So noch GE 1911 § 254 III; vgl. Begr. S. 248.

— In späteren Entwürfen wird der Anwendungsbereich des Affektkriteriums dadurch ausgeweitet, daß teils eine „entschuld-bare heftige Gemütsbewegung“²³⁰ bzw. „Erregung“²³¹, teils eine „begreifliche heftige Erregung“²³² privilegiert wird.

— Neuerdings wird die Privilegierung auf alle Fälle erstreckt, in denen die „Schuld des Täters wegen einer heftigen Gemüts-erregung erheblich gemindert“ ist²³³.

Eine bemerkenswerte Besonderheit findet sich im E Radbruch § 219 und E 1925 § 225 I: Hier wird neben der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung zusätzlich noch die aus Jähzorn begangene Tötung privilegiert. Nachdem diese Vorschläge — im Gegensatz zu den anderen Entwürfen zwischen 1909 und 1941 — einer zweistufigen Lösung das Wort reden, bedeutet diese Lösung praktisch eine Rückkehr zur „Intensitätstheorie“, zumal nach der Begr. zum E 1925 „für Mord nur die allerschwersten Fälle übrig (blieben), in denen der Täter ein Menschenleben kalten Herzens vernichtet“²³⁴. Denn unter Jähzorn ist ja gerade eine Form von Gemüts-erregung zu verstehen, bei der es auf andere Kriterien wie Entschuldbarkeit oder Begreiflichkeit nicht ankommen soll: nämlich der zwar heftige aber unmotivierte Affekt²³⁵. Konsequenterweise hätte man daher genauso gut die in heftiger Gemütsbewegung begangene Tötung privilegieren können²³⁶.

4. Dynamik des Affektgeschehens

Häufig läßt man nicht schon die Heftigkeit und Begreiflichkeit bzw. Entschuldbarkeit des Affekts genügen, sondern ver-

²³⁰ E 1930 § 246 II, E StRK 1936 (vgl. v. Gleispach, in Gürtner, BT³, S. 385).

²³¹ E 1936 § 407, E Schröder § b I.

²³² E 1962 § 134 II.

²³³ AE § 100 III Nr. 1, E Friedrich/Koch § 211 III Nr. 1, E Lackner-Sem. § 212 I. Ähnlich läßt E Otto III genügen, daß eine heftige Erregung des Täters „seine Schuld vermindert erscheinen läßt“. Wenn dabei in AE Begr. S. 19 bzw. E Lackner-Sem., JZ 1977, 504 f. Begriffe wie „begreiflich“ oder „verständlich“ als schillernd bzw. weil die wirklichen Zusammenhänge verdeckend abgelehnt werden, so muß sich demgegenüber das Rekurrieren auf „erhebliche Schuld-minderung“ den Einwand der Tautologie gefallen lassen. Vgl. auch Eser, DJT-Gutachten, § 6 II 4.

²³⁴ E 1925 Begr. S. 116.

²³⁵ Vgl. Radbruch, in Aschrott/Kohlrausch (Anm. 216), S. 303.

²³⁶ Dementsprechend muß sich mit der (indirekten Selbst-)Kritik Radbruchs, der unmotivierte Jähzorn könne nur unter dem Gesichtspunkt verminderter Zurechnungsfähigkeit als Milderungsgrund betrachtet werden und gehöre ausschließlich in den AT, auch derjenige auseinandersetzen, der nur auf die Heftigkeit der Gemütsbewegung (und nicht auch deren Begreiflichkeit o. ä.) abstellt. Bei der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung sollen nach Radbruch konsequenterweise auch weniger intensive (aber motivierte) Affekte genügen. Zur Schuldfähigkeitsproblematik bei Affekt näher Eser, DJT-Gutachten, § 6 I 2 m. w. N.

langt noch eine besondere Dynamik des Geschehens: Der Täter muß durch die Gemütsbewegung „zur Tötung hingerissen“²³⁷, wenn nicht sogar „auf der Stelle“ zur Tötung hingerissen worden sein²³⁸. Während bei der zweiten Formulierung eindeutig die *zeitliche* Dynamik im Vordergrund steht und damit ausschließlich die Erfassung der Provokation durch das Opfer beabsichtigt ist²³⁹, ermöglicht die erstere auch die Berücksichtigung der *psychischen* Dramatik des Geschehens: Die Genesis der Gemütsregung und ihre Entladung in der Tötungshandlung brauchen nicht mehr dicht beieinanderzuliegen, sondern auch der lang schwelende Affekt, der sich plötzlich entlädt, kann privilegierungswürdig sein²⁴⁰.

5. Gesamtschau

Grob vereinfachend erscheinen sonach folgende Kriterien für eine Affektprivilegierung wesentlich:

— Ihrer *Art* nach können grundsätzlich sowohl *sthenische* Affekte (wie Jähzorn, Wut, Haß, Rachegefühle oder Eifersucht) als auch *asthenische* (wie panische Angst, Bestürzung, tiefstes Mitleid oder Verzweiflung) milderungsrelevant werden²⁴¹, wobei zur ersten Gruppe auch der — häufig gesondert hervorgehobene — Affekt aufgrund einer Provokation durch das Opfer zu zählen ist²⁴².

— Seiner *Intensität* nach muß der Affekt eine gewisse „*Hefigkeit*“ erreichen bzw. der Täter dadurch hingerissen worden sein.

— Diese psychologischen Gegebenheiten vermögen jedoch nicht schon für sich allein zu privilegieren, sondern nur dann, wenn der Affekt den Umständen nach „gerechtfertigt“, „entschuldigbar“ bzw. „begreiflich“ ist. Diese im wesentlichen gleichsinnige²⁴³ *normative Einschränkung* führt nun dazu, daß nicht

²³⁷ So GE 1911 § 254 III, E Radbruch § 219, E 1925 § 222 I, E 1930 § 246 II, E 1936 § 407, E 1962 § 134 II.

²³⁸ So GE 1911 § 254 III.

²³⁹ Vgl. GE 1911 Begr. S. 248.

²⁴⁰ Vgl. E 1925 Begr. S. 116.

²⁴¹ Vgl. Walder, SchwZStR 81 (1979), 160, ders., SchwZStR 67 (1965), 39 ff., Binder, SchwZStR 54 (1952), 320.

²⁴² Zur Provokation als eigenständigem Milderungsgrund s. u. B.

²⁴³ Denn daß in Erläuterungswerken oft der eine Begriff zur Erklärung des anderen gebraucht wird, läßt vermuten, daß sachlich jeweils das gleiche

schon jede erregungsbedingte Steuerungsbeeinträchtigung den Täter entlastet: Denn sofern nicht eine abnorme Affekterregbarkeit vorliegt, die jedoch allenfalls nach den Regeln des Allgemeinen Teils als Schuldausschließungs- bzw. Schuld minderungsgrund (§§ 20, 21 StGB) Berücksichtigung finden kann²⁴⁴, wird zunächst einmal von einem gewissen Maß an zumutbarer Affektbeherrschung ausgegangen²⁴⁵, wobei dieses häufig mittels eines „reasonable man test“ bestimmt wird: Ein (heftiger) Affekt gilt als entschuldbar, wenn auch „ein anderer, ein an sich anständig gesinnter Mensch, in der betreffenden Situation leicht in einen solchen Affekt hätte geraten können“²⁴⁶. Eine solche Begreiflichkeit wird zumindest bei erheblichem Eigenverschulden des Täters an der Affektgenese in der Regel abgelehnt²⁴⁷. Somit entscheidet — wie schon von Franz von Liszt, wenngleich beschränkt auf die Provo-

ausgesagt sein soll: vgl. etwa *Thormann/v. Overbeck* Art. 113 Rn. 5, wonach eine heftige Gemütsbewegung nach den Umständen entschuldbar (i. S. des Art. 113) ist, wenn begreiflich erscheint, daß der Täter zur Tat veranlaßt wurde. Ähnlich *Moos*, ZStW 89 (1977), 806, der von der „entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung des (österreichischen) § 76“ spricht, obwohl darin von einer „allgemein begreiflichen“ die Rede ist. Vgl. aber auch E 1962 Begr. S. 271: „nicht entschuldbar, sondern nur hinsichtlich des Verhältnisses von Anlaß und Erregungszustand begreiflich“.

²⁴⁴ Denn auch dort, wo der Affekt ein „entschuldbarer“ sein muß, ist nicht das Vorliegen eines Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgrundes gemeint: Sonst wäre unverständlich, warum nur Strafmilderung, nicht aber Strafausschluß die Folge sein soll. Dies versucht man in den Gesetzesmaterialien und Erläuterungswerken damit klarzustellen, daß nicht die Tat, sondern nur der Affekt als entschuldbar erscheine, vgl. *Moos*, ZStW 89 (1977), 843, *Walder*, SchwZStR 67 (1965), 36; was jedoch wiederum nicht daran hindert, einem solchen Affekt zumindest schuld mindernde Wirkung beizulegen (so besonders deutlich in § 100 III Nr. 1 AE); noch weitergehend E 1962 Begr. S. 271, wo offenbar sogar eine Unrechtsminderung für möglich gehalten wird.

²⁴⁵ Übereinstimmend *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 163 zu Schweiz Art. 113 und *Moos*, ZStW 89 (1977), 827 f. zu Österreich § 76.

²⁴⁶ *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 163. Der Vergleich mit dem Verhalten eines „reasonable man“ findet sich bereits im österr. E 1912 Begr. S. 260, ferner bei *Foregger/Serini*, § 76 Anm. I („Durchschnittsmensch“), während *Moos*, ZStW 89 (1977), 831 für die Berücksichtigung der besonderen psychischen Eigenschaft des Täters plädiert und der E 1962 (Begr. S. 271) den alle Tatumstände kennenden objektiven Beobachter bemüht. Inwiefern sich „reasonable man“, „anständig Gesinnter“ bzw. „Durchschnittsmensch“ entsprechen oder unterscheiden, kann hier nicht weiter verfolgt werden.

²⁴⁷ Vgl. österr. OGH EvBl. 1976, 218; *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 164.

kation, vorgeschlagen²⁴⁸ — oft die Bewertung des Affektanlasses über die Milderungsrelevanz²⁴⁹. Auch daran zeigt sich, daß nicht schon die psychologische Erklärbarkeit des Affekts genügt²⁵⁰, sondern es letztlich auf seine normativ-sozialethische Tolerierbarkeit ankommt²⁵¹.

— Umgekehrt sind ein verständlicher Tatanlaß oder ein begreifliches Tatmotiv nicht ausreichend, wenn sie nicht zu dem *Affektzustand* führen, *in dem die Tötung begangen wird*²⁵².

B) *Provokation*

Die bereits vorangehend als mögliche Affektursache angesprochene Provokation durch das Opfer ist — ähnlich dem § 213 I. Alt. StGB — häufig als eigener, wenn nicht sogar als einziger Milderungsgrund ausgestaltet²⁵³. Ihre Privilegierungswürdigkeit scheint im Grundsatz unbestritten, wobei man sich — zum Teil kumulativ — auf die geringere Gefährlichkeit des provozierten Täters²⁵⁴, die Tatveranlassung durch das Opfer²⁵⁵ oder die infolge provokationsbedingter Erregung bewirkte Ausschaltung oder jedenfalls Reduzierung seiner Selbstkontrolle²⁵⁶ beruft. Je nach Gewichtung dieser Aspekte ist der Milderungstatbestand unterschiedlich ausgestaltet:

²⁴⁸ Vgl. o. zu Anm. 225.

²⁴⁹ „Anlaß der Gemütsbewegung“ ist nicht mit „Motiv der Tat“ gleichzusetzen: Ein verständnisweckendes Tatmotiv kann, muß aber nicht von einem „Affekt“ begleitet sein. Hält man die begreifliche Motivation des Täters affektunabhängig für privilegierungswürdig, bedarf es daher ihrer Erfassung durch einen anderen Milderungsgrund (vgl. u. C). Allerdings kann im Rahmen einer Gesamtbetrachtung eine Bewertung des Tatmotivs ebenso wie des Zwecks oder gar der Begehungsweise in die Beurteilung der Begreiflichkeit des Affekts einfließen (vgl. Moos, ZStW 89 [1971], 835 zu Österreich § 76).

²⁵⁰ Walder, SchwZStR 81 (1979), 163 unter Berufung auf BGE 82 IV 86.

²⁵¹ Näher dazu Eser, DJT-Gutachten, § 6 I 1, II 4.

²⁵² Vgl. aber auch u. C.

²⁵³ Wobei sich bisweilen die Strafmilderung für weitere Fälle aus Vorschriften des Allg. Teils ergibt, wie etwa in Italien Art. 51.

²⁵⁴ So der österr. E 1912 zur Begründung der nochmaligen Privilegierung auch gegenüber der in gerechtfertigter heftiger Gemütsbewegung begangenen Tötung in § 288 II E 1912 (S. 263), ferner v. Liszt, VDB V S. 97.

²⁵⁵ Österr. E 1912 Begr. S. 263.

²⁵⁶ Vgl. Beck (Anm. 105), S. 127 zum englischen Recht.

1. Provokation allein oder mit Affekt

a) Gelegentlich bildet schon die *Herausforderung* des Täters durch das Opfer die einzige und für sich allein ausreichende Milderungsvoraussetzung: So in Frankreich, wo nicht einmal verlangt wird, daß sich das Verhalten des Opfers gegen den Täter oder eine ihm nahestehende Person gerichtet haben muß²⁵⁷. Hier steht die Tatveranlassung durch das Opfer gegenüber der Wirkung beim Täter beherrschend im Vordergrund.

b) Überwiegend wird dagegen (wie in § 213 1. Alt. StGB) verlangt, daß durch die Provokation der Täter in einen *Affekt* versetzt wird, infolgedessen er den Provokateur tötet²⁵⁸. Daraus erklärt sich, warum bei allgemeiner Privilegierung der in begreiflicher Gemütsbewegung begangenen Tötung eine besondere tatbestandliche Erfassung der Provokation häufig fehlt: Dies ist überflüssig, da die provozierte Tötung als Sonderfall der Affekttötung, die Provokation als begreiflicher Affektanlaß erscheint.

2. Art des provozierenden Opferverhaltens

Teilweise wird als Provokation ein (schwerer) körperlicher *Angriff* verlangt²⁵⁹, während überwiegend — wie im deutschen § 213 StGB — auch schon nichttätliche schwere Kränkungen genügen²⁶⁰.

Auch hinsichtlich des provozierungsrelevanten *Adressatenkreises* bestehen Unterschiede: Während manche Länder nur Provokationen gegenüber dem Täter privilegieren²⁶¹, dehnen andere den Anwendungsbereich auch auf Angehörige aus²⁶². Wieder andere heben nicht auf ein familiäres Band, sondern auf die tatsächlichen Beziehungen zum Angegriffenen ab und erfassen auch

²⁵⁷ Code Pénal Art. 321, wobei es sich freilich bei der Provokation um einen schweren körperlichen Angriff, also nicht nur um Verbalbeleidigungen gehandelt haben muß (vgl. v. Liszt, VDB V S. 95 m. w. N.). Im übrigen wird aus dem Zusammenhang mit dem nachfolgenden Art. 322 deutlich, daß hier auch an Fälle gedacht ist, die nach deutschem Recht als Notwehrrezeß erfaßt würden.

²⁵⁸ So z. B. Bulgarien Art. 118, DDR Art. 113 I Nr. 1, UdSSR Art. 104.

²⁵⁹ So Frankreich Art. 321 sowie das engl. Common Law (vgl. Beck [Anm. 105], S. 121 ff.).

²⁶⁰ Vgl. DDR Art. 113 I Nr. 1, Albanien Art. 85, Bulgarien Art. 118. Noch weitergehend UdSSR Art. 104, wonach auch andere rechtswidrige Handlungen des Verletzten, die schwere Folgen für den Täter oder ihm nahestehende Personen verursacht haben oder verursachen konnten, in Betracht kommen.

²⁶¹ So Portugal Art. 370.

²⁶² So Bulgarien Art. 118, DDR Art. 113 I Nr. 1.

die Provokation gegenüber Personen, die dem Täter nahestehen²⁶³.

3. Zusammenhang zwischen Provokation und Tötung

Der — jedenfalls in der Sache fast ausnahmslos geforderte — Zusammenhang zwischen der *Provokation* durch das Opfer, der dadurch ausgelösten *Erregung* des Täters und der darin bewirkten *Tat* wird nicht überall so ausdrücklich hervorgehoben, wie dies etwa in § 213 StGB durch die Floskel „auf der Stelle hingerissen“ geschieht. Auch zeigen sich gewisse Nuancierungen insofern, als teils mehr das Andauern der Erregung²⁶⁴, teils mehr die Dynamik der Affektgenese hervorgehoben wird²⁶⁵.

4. Mitverschulden des Täters

Meist wird der Täter nur dann privilegiert, wenn er die Provokation nicht selbst verschuldet hat²⁶⁶. Darin zeigt sich eine Parallele zum Begreiflichkeitserfordernis bei der allgemeinen Affektprivilegierung²⁶⁷. Ob dies freilich dazu zwingt, dem Täter schon bei jeder Mitveranlassung der Provokation — und nicht erst bei überwiegendem Selbstverschulden — die Privilegierung zu versagen, wird neuerdings zu Recht bezweifelt²⁶⁸.

²⁶³ So bereits österr. E 1912 § 288 II, ferner UdSSR Art. 104. Eine solche bereits von v. Liszt geforderte Ausdehnung (VDB V S. 96) ist auch heute schon interpretativ möglich (vgl. Eser, in *Schönke/Schröder*, § 211 Rn. 12, § 213 Rn. 5).

²⁶⁴ So etwa Bulgarien Art. 118, wonach die „im Zustand starker Erregung begangene Tötung, die von dem Opfer ... hervorgerufen wurde“, privilegiert wird. Immerhin wird durch solche Formulierungen auch klar gestellt, daß es mehr auf das psychologische Moment als auf einen engen zeitlich-räumlichen Zusammenhang zwischen Provokation und Reaktion ankommt (besonders deutlich insoweit DDR § 113 I Nr. 1).

²⁶⁵ Vgl. etwa UdSSR Art. 104, wonach die Provokation zu einer „plötzlich aufgetretenen, starken seelischen Erregung“ geführt haben muß.

²⁶⁶ So § 213 StGB, ferner DDR § 113 I Nr. 1, Serbien Art. 48 als Beispiel für die neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher und wohl auch österr. E 1912 § 288 II, wenn dort eine schwere und unbegründete Kränkung verlangt wird. Dagegen ist z. B. in Bulgarien Art. 118 und UdSSR Art. 104 eine solche Einschränkung nicht zu finden.

²⁶⁷ Vgl. o. A 3.

²⁶⁸ So insbes. von Arzt, ZStW 83 (1971), 26 f. Immerhin bleibt de lege lata der Rückgriff auf den unbenannten „minder schweren Fall“ des § 213 2. Alt. StGB (vgl. BGH NJW 1968, 757). Näher dazu Eser, DJT-Gutachten, § 6 III 3.

C) Tatmotivation

Im Vergleich zum begreiflichen Affekt bzw. zur Provokation durch das Opfer wird die Tatmotivation als solche wesentlich seltener als selbständiger Milderungsgrund bei Tötungsdelikten anerkannt²⁶⁹. Soweit dies geschieht, begegnet wieder die gleiche Methode wie bei der Affektprivilegierung: nämlich entweder die generalklauselartige Verbindung des Merkmals „Beweggrund“ mit einer wertenden Einschränkung oder die kasuistische Nennung bestimmter Beweggründe. Allerdings findet sich — stattdessen oder daneben — gelegentlich auch eine deliktsübergreifende Berücksichtigung strafmildernder Beweggründe in den allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen des AT.

1. Motivklauseln als Korrektiv des Überlegungsprinzips

Erste Ansätze, eine vorsätzliche Tötung mit Rücksicht auf ihre Beweggründe zu privilegieren, gehen in der deutschen Reformdiskussion auf die Kritik am Überlegungsprinzip als Mordkriterium zurück: Damit wollte man dem Einwand begegnen, daß das Überlegungsprinzip auch die von achtenswerten Beweggründen getragene Tötung zu Mord mache, Taten also, bei denen doch eher eine Privilegierung denn eine Qualifizierung angebracht sei²⁷⁰. Deshalb wurde schon in den ersten Reformentwürfen empfohlen, das Mordkriterium der „Überlegung“ durch eine allgemeine normative „Motivklausel“ zu relativieren, um es auf diese Weise zu retten²⁷¹.

2. Privilegierende Motivkasuistik

Sofern man einzelne Beweggründe — und zwar unabhängig vom Überlegungsprinzip — kasuistisch zu privilegieren versucht, geht es meist mehr oder weniger um die Tötung aus Mitleid: so

²⁶⁹ Wobei es hier nicht um die Berücksichtigung der Motivation als (einer unter anderen) Affektfaktoren (dazu o. A 5.), sondern um die *eigenständige* Privilegierungskraft der Motivation geht.

²⁷⁰ Vgl. VE 1909 Begr. S. 640, *Wachenfeld*, Die Tötungsdelikte, 1909, S. 32, *Merzbach* (Anm. 22), S. 34 f.

²⁷¹ So wollte *Merzbach* die mit Überlegung ausgeführte Tötung nicht als Mord, sondern nur als Totschlag bestrafen, wenn der Täter „aus einem edlen Beweggrunde“ gehandelt hat (S. 45). Demgegenüber wollte der VE 1909 bei „Überlegung“ zwar am Mordtatbestand festhalten, diesem aber durch Zulassung „mildernder Umstände“ die Schärfe nehmen, wobei in der amtlichen Begr. die Beweggründe des Täters ausdrücklich als ein solcher Milderungsgrund genannt sind (Begr. S. 640). Vgl. auch § 135 II S. 2 E 1962 (dazu u. 4).

wird in Norwegen die aus Mitleid mit einem hoffnungslos Kranken begangene Tötung der mit Einwilligung des Getöteten geschehenen gleichgestellt²⁷².

In der deutschen Reformdiskussion finden sich nur zwei Anläufe, die aus bestimmten Beweggründen begangene Tötung privilegierend zu erfassen:

— So hatte Franz v. Liszt in Anlehnung an die vorgenannte norwegische Regelung (wenngleich beschränkt auf einen bestimmten Täterkreis) vorgeschlagen, denjenigen milder zu bestrafen, „der durch das Verlangen des Getöteten oder durch den hoffnungslosen Gesundheitszustand einer ihm nahestehenden Person zur Tötung bestimmt worden ist“²⁷³ — ein erster (wenn auch schwerlich sachgerechter) Versuch, das Euthanasieproblem legislativ zu lösen.

— Der E 1962 wollte Strafmilderung gewähren, wenn „Mitleid“²⁷⁴, Verzweiflung oder andere Beweggründe, die den Täter zur Tat bestimmen, seine Schuld wesentlich mindern“. Gegenüber dem Vorschlag Franz von Liszts ist dabei zwar zunächst der Kreis der milderungsrelevanten Beweggründe sehr viel weiter gefaßt, dann aber über das normative Korrektiv der wesentlichen Schuldinderung wiederum eingeschränkt.

3. Privilegierende Motivgeneralklausel

Andere deutsche Reformvorschläge gehen noch weiter, indem sie auf die Benennung bestimmter Motive gänzlich verzichten und damit die Auswahl milderungsrelevanter Beweggründe der richterlichen Wertung überlassen.

— Schon der E StrK 1936 stellte der entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung die Tatbegehung „aus minder verwerflichen Beweggründen“ gleich²⁷⁵.

— Noch allgemeiner wird im AE eine Tötung schon dann als privilegierungswürdig angesehen, „wenn die Schuld des Täters wegen seiner Beweggründe erheblich gemindert ist“²⁷⁶.

Auch ausländische Rechtsordnungen erklären nur vereinzelt generalklauselartig die Beweggründe des Täters für milderungs-

²⁷² Norwegen § 235 II. Vgl. aber auch Schweiz E 1980 Art. 114.

²⁷³ VDB V S. 133.

²⁷⁴ Wobei insbes. auch das sogen. Drittmitleid erfaßt sein sollte (vgl. E 1962 Begr. S. 271; krit. dazu Arzt, ZStW 83 [1971], 27 f.).

²⁷⁵ Vgl. v. Gleispach, in Gürtner, BT², S. 385.

²⁷⁶ AE § 100 III Nr. 1; ebenso E Friedrich/Koch, § 211 III Nr. 1, während der E Otto schon genügen läßt, daß die Beweggründe des Täters „seine Schuld vermindert erscheinen lassen“. Demgegenüber findet sich im E Lackner-Sem. ein doppeltes Wertungskorrektiv darin, daß die Schuld „wegen achtenswerter (!) Beweggründe erheblich (!) gemindert“ sein muß.

erheblich²⁷⁷. Allerdings findet sich im Katalog der AT-Milderungsbestimmungen häufig eine deliktsübergreifende allgemeine Motivklausel: so etwa bei Handeln „aus achtenswerten Beweggründen“²⁷⁸.

4. Die Kombinationslösung des E 1962

Bei dieser bereits erwähnten Regelung (o. 2) handelt es sich im doppelten Sinn um eine Kombinationslösung: zum einen wegen Exemplifizierung der schuld mindernden Beweggründe durch die ausdrückliche Erwähnung des Mitleids neben den „anderen Beweggründen“ (§ 134 III)²⁷⁹. Zum anderen, weil die Motivklausel in § 135 II S. 2 auch, aber nicht nur zur Korrektur des Überlegungsprinzips dient, mit der Folge, daß eine überlegte Tötung entweder qualifiziert oder privilegiert behandelt wird, also jedenfalls nicht unter den Grundtatbestand des § 134 I fallen kann. Daher kann sich hier das Fehlen von Überlegung sogar als straferschwerend auswirken, indem es zur Anwendung des Normalstrafrahmens anstelle der Privilegierung führt²⁸⁰.

5. Die Fragwürdigkeit allgemeiner Motivklauseln

Soweit die Privilegierung in irgendeiner der vorgenannten Formen an eine Motivgeneralklausel geknüpft wird, stellt sich die Frage, was denn eigentlich im Rahmen der Tötungsdelikte unter einem „achtenswerten“, „minder verwerflichen“ bzw. einem „sonstigen, die Schuld wesentlich mindernden Beweggrund“ zu verstehen sei. Sucht man in den einschlägigen Entwürfen nach Beispielen, so ist das Ergebnis nicht gerade berauschend: Ebenso wie bereits im Bericht der StrK 1936²⁸¹ verzichteten auch die Begründungen zum AE und zum E Otto auf jegliches Beispiel. Auch beim E 1962 fällt auf, daß mit „Mitleid“ und „Verzweiflung“ (§ 134 III) Kriterien genannt sind, die zwar eine Gemütsbewegung, nicht aber das zugrundeliegende Motiv bezeichnen²⁸². Selbst in der amt-

²⁷⁷ Vgl. etwa Brasilien Art. 121 § 1, wo die durch einen „Beweggrund von erheblichem sozialem oder sittlichem Wert“ veranlaßte Tötung privilegiert wird.

²⁷⁸ So Schweiz Art. 64, Österreich § 34 Nr. 3.

²⁷⁹ Wobei mit Verzweiflung genau genommen weniger ein Beweggrund als vielmehr ein Affekt- bzw. Konfliktzustand beschrieben ist. E 1962 § 134 ist daher insofern unglücklich formuliert. Präziser dagegen § 212 I E Lackner-Sem.

²⁸⁰ Vgl. dazu Arzt, ZStW 83 (1971), 27 Rn. 71 m. w. N.

²⁸¹ v. Gleispach, in Gürtner, BT³, S. 371 ff.

²⁸² Entsprechendes gilt für das als verantwortlichkeitsmindernder Umstand i. S. v. DDR § 113 I Nr. 3 genannte Beispiel einer Mitleidstötung in Verbindung mit einem gescheiterten Selbstmordversuch (DDR-Lehrkommentar § 113 Anm. 5).

lichen Begründung zum E 1962 findet sich dann kein besseres Beispiel als die „Tötung des Ehrverletzers oder Ehebrechers im Zweikampf“²⁸³ — ein heute weder gesellschaftlich relevantes noch in seiner Milderungswürdigkeit zweifelsfreies Motiv²⁸⁴.

Zieht man die qualifizierende Verwendung von Motiven zum Vergleich heran, zeigen sich gewisse Parallelen: Hier wie dort wird einzelnen Beweggründen strafrahmenverschiebende Bedeutung beigelegt. Und ebenso hier wie dort fehlt einer Gesetzestechnik, die allein den „Beweggrund“ — mit einem negativ oder positiv bewertenden Attribut versehen — strafrahmenverschiebend einsetzt, die Überzeugungskraft²⁸⁵. Dies alles läßt vermuten, daß für eine strafrahmenverschiebende Wirkung der Beweggründe für sich allein allenfalls zum Ausgleich von Übersteigerungen des Überlegungskriteriums (o. C 1.) Raum und Bedürfnis ist. Anders ausgedrückt: Eine Regelung, die auf ein qualifizierendes Überlegungskriterium verzichtet, bedarf auch keines Milderungskorrektivs durch „achtenswerte“ oder ähnliche „Beweggründe“. Auch daß im Hinblick auf verständlich erscheinende Motive am häufigsten Mitleid und Verzweiflung genannt werden, kommt nicht von ungefähr: Denn damit sind in der Tat Faktoren angesprochen, die den Blick auf letztlich relevante Privilegierungsansätze eröffnen können: nämlich auf den tatbedingenden Konflikt und den tatbegleitenden Affekt²⁸⁶.

D) Unbenannte „minder schwere Fälle“

Häufiger noch als in qualifizierender Richtung findet sich zwecks Privilegierung die Flucht in unbenannte Milderungsklauseln, wobei im deutschen Sprachraum — ohne große sachliche Unterschiede — von „mildernden Umständen“²⁸⁷, „minder schweren

²⁸³ E 1962 Begr. S. 271.

²⁸⁴ Auch in der schweizerischen Literatur verläuft die Suche nach Beispielen „achtenswerter Beweggründe“ (Art. 64) im Hinblick auf Tötung nicht minder erfolglos; so scheint ihnen *Walder* gar jegliche Bedeutung abzusprechen (SchwZStR 81 [1979], 159/166).

²⁸⁵ Vgl. Eser, DJT-Gutachten, § 2 III 3 a, § 6 II 2 c.

²⁸⁶ Näher zu einem solchen *übergreifenden Affekt- und Konfliktansatz*, der letztlich zu einer tatbestandlichen Zweistufigkeit zwischen nichtprivilegiierter und privilegierter Tötung führt, Eser, DJT-Gutachten, § 5 IV, § 6 II 2.

²⁸⁷ So § 213 2. Alt. RStGB (die Gründe für diese Erweiterung der ursprünglich reinen Provokationsklausel sind nicht mehr auszumachen: vgl. Eser, DJT-Gutachten, § 2 I 2 b); aufrechterhalten in VE 1909 §§ 212 f., E 1913 §§ 279 f. sowie im E *Schröder*, § b II (Mat. I S. 293).

Fällen²⁸⁸ oder „besonderen Tatumständen . . ., die die strafrechtliche Verantwortlichkeit mindern“²⁸⁹ gesprochen wird. Doch auch diese Versuche können noch weniger den Mangel einer umfassenden Konzeption der Tötungsdelikte verbergen.

IV. Sondertatbestände: Beispiel „Kindestötung“

Neben den *allgemeinen* Abstufungen in qualifizierender und/oder privilegierender Richtung, wie sie *vorangehend* analysiert wurden, finden sich in nahezu allen Strafgesetzbüchern noch *Sonderregelungen* für bestimmte markante Tötungstypen: so namentlich für die Tötung auf Verlangen (teils sogar in Verbindung mit Beteiligung an der Selbsttötung) und/oder für die Kindestötung²⁹⁰. Und zwar gilt dies selbst für jene Rechtsordnungen, die im Grundansatz die vorsätzliche Tötung durch einen Einheitstatbestand zu erfassen versuchen: Auch sie glauben sich einer gewissen gesetzlichen Differenzierung jedenfalls insoweit nicht entziehen zu können, als es um diese beiden Tötungstypen geht²⁹¹.

An sich wären beide einer Analyse wert. Wenn dennoch die *Tötung auf Verlangen* (einschließlich der *Suizidteilnahme*) hier ausgeklammert bleibt, so lassen sich neben Raumgründen durchaus auch Sachgründe ins Feld führen. Denn Suizidteilnahme und Tötung auf Verlangen heben sich schon dadurch von jeder anderen vorsätzlichen Tötung entscheidend ab, daß die Tötung nicht gegen, sondern *mit Willen des Opfers* und damit unter individuellem Rechtsgutsverzicht geschieht²⁹².

Eine gesonderte Betrachtung der *Kindestötung* ist nicht zuletzt deshalb interessant, weil dieser Tatbestand im Laufe seiner Entwicklung bereits eine erstaunliche Metamorphose durchge-

²⁸⁸ § 213 2. Alt. StGB (ohne daß dieser Änderung gegenüber der Urfassung sachliche Bedeutung zukäme; zur praktischen Bedeutung vgl. *Eser*, in *Schönke/Schröder*, § 213 Rn. 13 m. w. N.); ebenso bereits E 1936 § 407. — Dagegen handelt es sich bei den minder schweren Fällen des E 1962 § 134 II nicht um eine allgemeine Milderungsklausel, sondern um eine unvollkommene Unterstufung der Affekttötung (vgl. o. I A 2 d).

²⁸⁹ DDR § 113 I Nr. 3.

²⁹⁰ Während sich für den Völkermord (§ 220 a StGB), soweit ein solcher Tatbestand aufgrund der Intern. Konvention v. 9. 12. 1948 eingeführt wurde, ohnehin meist außerhalb der Tötungsdelikte geregelt findet: wie z. B. in DDR § 91 oder Österreich § 321. Vgl. auch *Eser*, in *Schönke/Schröder*, § 220 a Rn. 1.

²⁹¹ Vgl. o. I A 1.

²⁹² Diese fundamentale Besonderheit war auch einer der Gründe dafür, daß im DJT-Gutachten die Tötung auf Verlangen ausgeklammert blieb (vgl. dort § 1 I 2).

macht hat: Während der Infantizid ursprünglich eher *qualifizierend* behandelt wurde²⁹³, ist er seit der Aufklärung immer mehr zum *Privilegierungsgrund* geworden²⁹⁴. Dieser Wandel scheint sich nun neuerdings mit *integrierender* Tendenz fortzusetzen, indem in manchen Rechten und Entwürfen die Kindestötung nur noch als Unterfall der Totschlagsprivilegierung in Erscheinung tritt²⁹⁵. Ob und inwieweit eine solche tatbestandliche Einebnung auf Privilegierungsbasis rechtspolitisch zu begrüßen ist, hängt nicht zuletzt von der maßgeblichen Milderungsratio ab: denn je nachdem, ob man den Privilegierungsgrund näher in „sozialen“ Mißständen (wie Ehre oder Not der nichtehelichen Mutter bzw. wirtschaftliche Versorgungsprobleme) oder eher „affektiv“ in der geburstypischen Ausnahmesituation sieht²⁹⁶, ergeben sich sowohl für den Täterkreis (1) wie auch hinsichtlich des psychisch-zeitlichen Affektbereichs (2) verschiedenartige Lösungsmöglichkeiten, die je nach Kombination der personalen und motivationalen Faktoren zu unterschiedlichen Privilegierungsgraden führen (3).

1. Täterkreis

Bereits die Frage nach dem zu privilegierenden Täterkreis hängt davon ab, ob eine Rechtsordnung mehr die soziale Situation oder mehr die affektive Gemütslage der Tatbeteiligten berücksichtigen will: Ersterenfalls wird die Privilegierung entweder auf

²⁹³ Wobei allerdings zu beachten bleibt, daß die Kindestötung, jedenfalls soweit sie durch oder auf Veranlassung des Vaters geschah, erst unter dem Einfluß des Christentums allgemein pönalisiert wurde, dann aber durchwegs als qualifizierte Tötung eingeordnet war: vgl. im einzelnen D. Blanke, Die Kindestötung in rechtlicher und kriminologischer Hinsicht, Diss. Kiel 1966, S. 42 f., J. Streb, Über die Kindestötung, Diss. Berlin 1968, S. 37 ff., Simson-Geerds (Anm. 57), S. 35 ff.

²⁹⁴ Zu diesem Milderungsprozeß eingehend M. Schwarz, Die Kindestötung, Wechselnde Beurteilung von Straftaten in Kultur und Recht, Bd. 1, Berlin 1935.

²⁹⁵ So in DDR § 113 II Nr. 2, Türkei Art. 453 sowie AE § 100 III Nr. 2 (ebenso E. Friedrich/Koch). Noch weitergehend will Otto, ZStW 83 (1971), 71 die Kindestötung gänzlich im Affekttotschlag aufgehen lassen; ähnlich der Sache nach das neue kubanische StGB von 1979, das auf die Herabhebung minder schwerer Fälle vorsätzlicher Tötung überhaupt verzichtet. Eine gewisse Integrationswirkung ergab sich im übrigen schon aus der Angleichung der Strafrahmenuntergrenze des § 217 an die des § 213 durch das 3. StÄG von 1953.

²⁹⁶ Zu diesen Begründungsansätzen und ihren wesentlichen Auswirkungen näher Simson/Geerds (Anm. 57), S. 38 ff.

die „nichteheliche“ Mutter beschränkt (a) oder zur Rettung familiärer Ehre auf nahe „Verwandte“ ausgedehnt (c), anderenfalls nur, aber auch jeder Gebärenden und damit auch der „ehelichen“ Mutter gewährt (b).

a) Das deutsche Recht hat jedenfalls seit Beginn des 19. Jahrhunderts den engeren Standpunkt eingenommen und dementsprechend nur die „nichteheliche“ Mutter privilegiert²⁹⁷. Gleiches galt bis 1969 für Rumänien²⁹⁸ und trifft heute noch der Sache nach auf die Niederlande²⁹⁹ und Italien³⁰⁰ zu. An dieser Beschränkung haben zunächst auch die deutschen Reformentwürfe festgehalten, und zwar bis zum E 1919³⁰¹. Später ist dann der E 1962 wieder dahin zurückgekehrt, weil er einerseits der ehelichen Mutter eine der unehelich Gebärenden vergleichbare Gemütslage glaubte absprechen zu müssen und andererseits der nichtehelichen Mutter unabhängig von der Affektlage des Einzelfalls die Privilegierung meinte sichern zu sollen³⁰².

b) Demgegenüber wird in den ausländischen Rechten ganz überwiegend auch die „eheliche“ Mutter privilegiert: Und zwar nicht nur im sozialistischen Rechtskreis³⁰³, sondern auch in den meisten unserer westlichen Nachbarländer³⁰⁴. Auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft hatte dieser Standpunkt schon seit

²⁹⁷ So unter dem Einfluß von *Feuerbachs* Bayrischem StGB von 1813 (Art. 157). Vgl. *Blanke* (Anm. 293), S. 35 ff.

²⁹⁸ Rumänien 1960 Art. 465.

²⁹⁹ Art. 290 f.

³⁰⁰ Art. 578 I, wobei die Nichtehelichkeit des Kindes zwar nicht Tatbestandsmerkmal ist, die Mutter aber aus Furcht vor der Entdeckung ihrer Niederkunft bzw. zur Rettung ihrer Ehre gehandelt haben muß. Vgl. zur Einbeziehung von Verwandten auch u. zu c).

³⁰¹ VE 1909 § 216, GE 1911 § 256, E 1913 § 282, E 1919 § 285. Dabei wurde die Nichtprivilegierung der ehelichen Mutter im VE 1909 S. 644 schlicht „aus sittlichen wie aus kriminalpolitischen Gründen“ verneint; die nachfolgenden Entwürfe enthielten sich jeder Äußerung dazu.

³⁰² E 1962 Begr. S. 274 zu § 136.

³⁰³ Vgl. Albanien Art. 87, Bulgarien Art. 120, CSSR § 220, DDR § 113 I Nr. 2, Jugoslawien (vgl. z. B. Bosnien/Herzegowina Art. 39), Polen Art. 159.

³⁰⁴ So insbesondere die skandinavischen Länder (Dänemark § 238, Island § 212, Schweden Kap. 3 § 3; anders allerdings Norwegen § 234), ferner Frankreich Art. 302, Griechenland Art. 313, Österreich § 79, Schweiz Art. 116. Vgl. auch die rechtsvergleichende Arbeit von *L. Krauskopf*, Die Kinstestötung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Diss. Fribourg 1971.

langem Anhängerschaft³⁰⁵ und schließlich auch in Entwürfen Niederschlag gefunden³⁰⁶.

c) Eine prononciert gesellschaftlich bedingte Privilegierungs-ratio tritt überall dort zutage, wo zwar formell kein Unterschied zwischen Ehelichkeit oder Nichteelichkeit des Kindes gemacht wird und — über die Mutter hinaus — auch deren *Eltern*³⁰⁷ oder sonstige nahe *Angehörige*³⁰⁸ (wie insbesondere der Ehemann) privilegiert werden, die Tat jedoch mit „Ehrenrettungsabsicht“ geschehen sein muß.

2. Psychisch-zeitlicher Affektbereich

Wie eng oder weit der Privilegierungsrahmen letztlich ist, hängt jedoch nicht nur von personellen Kriterien, sondern auch von der Berücksichtigung psychischer und/oder zeitlicher Faktoren ab. Denn je größer oder kleiner der geburtsbezogene Zeitraum, innerhalb dessen die Kindestötung privilegiert wird, und je milder oder strenger die Anforderungen an eine bestimmte Gemütslage oder Motivation, desto weiter oder enger erweist sich der Privilegierungsbereich. Auch in dieser Hinsicht ergibt der Rechtsvergleich ein vielfältiges Bild, das sich aber immerhin auf gewisse Grundlinien zurückführen läßt:

a) Was den *Zeit-Faktor* betrifft, so wird dieser entweder rein quantitativ-temporär mit „in oder gleich nach der Geburt“³⁰⁹ oder

³⁰⁵ So bereits bei *von Liszt*, VDB V S. 118, *Wachenfeld* (Anm. 270), S. 105, *Radbruch*, in *Aschrott/Kohlrausch* (Anm. 216), S. 307.

³⁰⁶ E *Radbruch*, § 222, E 1925 § 225, E 1927 § 252. — Einen Rückschlag auf ganzer Linie erlitten diese Privilegierungsbestrebungen dann freilich durch den E 1936: Da im Hinblick auf den „hohen Wert des Kindes für die Volksgemeinschaft“ seiner völligen Hilfslosigkeit sowie angesichts der völligen Verleugnung der Mutterpflichten durch die Kindesmörderin eine Milderung nicht veranlaßt sei (*v. Gleispach*, in *Gürtner*, BT², S. 376 f.), war die ersatzlose Aufhebung von § 217 vorgeschlagen worden.

³⁰⁷ So z. B. Portugal Art. 357 und Spanien Art. 410 II.

³⁰⁸ So Italien Art. 578.

³⁰⁹ So § 217 StGB, den insoweit auch alle nachfolgenden deutschen Reformentwürfe beibehalten wollen, ferner Belgien Art. 396, DDR § 113 I Nr. 2, Frankreich Art. 300, 302 II. Vgl. ferner formal-temporäre Umschreibungen wie früher in Kuba Art. 438 (Tötung eines noch nicht 8 Tage alten Kindes) und Rumänien Art. 465 (Tötung vor Ablauf der für die Anmeldung beim Standesamt vorgesehenen Frist).

³¹⁰ So vor allem Österreich § 79, Schweiz Art. 116; vgl. ferner CSSR § 220, Jugoslawien (vgl. z. B. Bosnien/Herzegowina Art. 39), Polen Art. 149. Selbst die Kombination von geburtsbezogenen („während oder gleich

mehr qualitativ-psychologisch mit „in der Geburt oder noch unter Einfluß des Geburtsvorgangs“³¹⁰ umschrieben.

b) Hinsichtlich des *Motiv*-Faktors wird entweder mit gesetzlicher *Präsumtion* eines Affekts operiert³¹¹ oder der *Einzelnachweis* eines bestimmten Motivs gefordert³¹².

Dabei wird der Privilegierungsbereich in der Regel um so weiter (und damit für den Täter um so günstiger), je mehr er zeitlich-quantitativ und motivisch-präsumtiv umschrieben wird, und dementsprechend um so enger, je mehr er vom Einzelnachweis einer bestimmten Gemütslage oder Motivation abhängig gemacht wird.

3. Milderungsgrade — Privilegierungsmodelle

Versucht man daher die personalen und zeitlich-motivationalen Faktoren miteinander zu kombinieren, so ergeben sich — mit unterschiedlichem Milderungsgrad — im wesentlichen folgende Privilegierungsmodelle:

a) Ein „Höchstgrad“ von Privilegierung wird erreicht, wenn jeder Mutter im Falle einer Tötung in oder gleich nach der Geburt (und damit stillschweigend unter unwiderleglicher Präsumierung eines Affekts) Milderung eingeräumt wird³¹³.

b) Auf einer „mittleren“ Milderungsstufe stehen jene Regelungen, in denen zwar auch jede Mutter privilegiert wird, ein Af-

nach der Geburt“) und allgemein-situativen Aspekten („Einwirkung der durch die Geburt hervorgerufenen Schwächung, Verwirrung oder Ratlosigkeit“) kommen vor: so in Dänemark § 238 I; ähnlich Island § 212 I.

³¹⁰ So in § 217 StGB sowie — abgesehen vom E Schröder — in allen deutschen Reformentwürfen; ferner Belgien Art. 396, Bulgarien Art. 120, DDR § 113 I Nr. 2, Frankreich §§ 300, 302 II. Eine gleiche Präsumtion eines Affekts findet sich für den Fall, daß die Tötung in oder während der Geburt erfolgt, in Österreich § 79, Schweden Kap. 3 § 3, Schweiz Art. 116.

³¹¹ Wie z. B. Tötung zur *Rettung der Ehre* oder zum *Verbergen von Schande* (so Italien Art. 578, Niederlande Art. 290, Portugal Art. 356, Spanien Art. 410 II; ferner [neben anderem] Dänemark § 238 I, E Schröder), *Not* (Dänemark, E Schröder) oder „*ähnliche Beweggründe*“ (E Schröder). Auch die noch über die allgemeine Kindestötungsprivilegierung hinausgehende Strafmilderung bei Tötung „eines eben erst geborenen Kindes von widernatürlichem Aussehen“ in Bulgarien Art. 121 erscheint — positiv oder negativ? — bemerkenswert.

³¹² So Bulgarien Art. 121, Frankreich Art. 302 II, Türkei Art. 453, DDR § 113 I Nr. 2 sowie in der deutschen Reformdiskussion AE § 100 III Nr. 2, E Friedrich/Koch und E Lackner-Sem.

fekt jedoch nur dann präsumiert wird, wenn die Tötung „während“ der Geburt erfolgt, späterenfalls also der Einzelnachweis eines Geburtsaffekts erforderlich, aber immerhin auch noch möglich ist³¹⁴.

Eine weitere Stufe darunter wird es schwer, von mehr oder weniger „großzügig“ zu sprechen, da das Entgegenkommen beim personellen Faktor meist durch eine größere Strenge bei den übrigen Faktoren *ausgeglichen* bzw. umgekehrt *relativiert* wird. Dies zeigt sich vor allem an folgenden Korrelationen:

c) Sofern einerseits der Täterkreis auf die nichteheliche Mutter beschränkt ist, kommt ihr das Gesetz durch Präsumtion der Erregung entgegen³¹⁵.

d) Sofern andererseits jeder Mutter der Privilegierungsbereich eröffnet ist, wird der Nachweis bzw. die Vermutung eines mehr oder weniger präzise umschriebenen privilegierenden Affekts oder Motivs verlangt. Dabei kann der Milderungsgrund eher *geburtsspezifisch*³¹⁶ oder eher *allgemein-situativ* ausgestaltet sein, wobei sich im zweiten Fall die Privilegierung jedenfalls der Sache nach häufig auf die Tötung nicht- bzw. außerehelich Geborener beschränkt³¹⁷.

e) Am engsten wird der Privilegierungsbereich zweifelsohne dort, wo er auf nichteheliche Mütter beschränkt und zudem mit dem (nichtpräsumtiven) Einzelnachweis einer bestimmten Motivation verbunden ist: so im E *Schröder*³¹⁸.

Diese verschiedenen Modelle rechtspolitisch zu würdigen, ist hier nicht der Ort. Immerhin ist aber schon allein die Tatsache, daß es selbst innerhalb eines so engen Problembereichs zu einer derartigen Vielfalt von Regelungen gekommen ist, ein klares Indiz für die Schwierigkeit, eine allseits befriedigende und nicht zuletzt mit der Gesamtkonstruktion der Tötungstatbestände abgestimmte Lösung zu finden³¹⁹.

³¹⁴ So Österreich § 79, Schweiz Art. 116; ähnlich Schweden Kap. 3 § 3.

³¹⁵ So im gegenwärtigen § 217 StGB sowie in E 1962 § 136 I, ferner Belgien Art. 396.

³¹⁶ So Brasilien Art. 123, Griechenland Art. 303, Jugoslawien (vgl. z. B. Bosnien/Herzegowina Art. 39), Polen Art. 149, CSSR § 220.

³¹⁷ So etwa Italien Art. 578, Niederlande Art. 290 f., Portugal Art. 356, Spanien Art. 410 I.

³¹⁸ Mat. I S. 293.

³¹⁹ Auch dazu sei im einzelnen auf das DJT-Gutachten (§ 6 III 4) verwiesen.

V. Sanktionierung

Obwohl das strafrechtliche Sanktionensystem bis hin zur Strafzumessung im Einzelfall in den einzelnen Kodifikationen sehr unterschiedlich ausgestaltet ist, lassen sich aus einer vergleichenden Betrachtung einige wichtige Aufschlüsse gewinnen. Will man dabei nicht in einer Vielzahl von Fakten ertrinken, so ist freilich der besseren Vergleichbarkeit und Übersichtlichkeit wegen zumindest eine Vereinfachung nötig: Es wird hier nicht auch zwischen verschiedenen Arten der Freiheitsstrafe unterschieden, sondern nur nach deren Dauer. Die folgende Übersicht darf daher nicht in dem Sinne mißverstanden werden, als sei in allen Ländern das Einheitsfreiheitsstrafensystem verwirklicht.

A) Höchst- und Mindeststrafe

1. Die *Obergrenze* der Strafdrohung bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten ist überall mit der gesetzlich überhaupt vorgesehenen Höchststrafe identisch. In den meisten Ländern ist dies die Todesstrafe oder die lebenslange Freiheitsstrafe³²⁰.

Lebenslanger Freiheitsentzug als Höchststrafe ist in der Geschichte des Strafrechts vieler Länder an die Stelle der Todesstrafe getreten. Die Existenz der lebenslangen Freiheitsstrafe wird demgemäß vielfach mit dem Verzicht auf die Todesstrafe, nicht aber aus sich selbst heraus bzw. in Gegenüberstellung zu zeitigen Freiheitsstrafen begründet³²¹. Für ihre Androhung bedarf es daher nicht mehr einer Legitimation ihrer selbst, sondern nur noch eines In-Beziehung-Setzens von Strafdrohung und Straftat: dem besonderen Gewicht der Tötung entsprechend sei auch die schwerste im Gesetz überhaupt vorgesehene Strafdrohung zur Verfügung zu stellen³²². Soweit Strafzwecke genannt werden, fallen Begründungen eher spärlich und oberflächlich aus³²³. In der reformpolitischen Diskussion zum RStGB war die lebenslange Freiheitsstrafe als Höchststrafe Gegenstand mancher Auseinandersetzungen³²⁴, wobei es im Strafrechtsausschuß des Reichstags sogar zu einem Antrag der SPD kam, sie abzuschaffen³²⁵. Aus ganz anderen Gründen wurde sie in der NS-Zeit zugunsten der Todesstrafe in Frage gestellt³²⁶. Der AE fordert zwar die Beseitigung der lebens-

³²⁰ Wo noch verschiedene Arten der Freiheitsstrafe bekannt sind (etwa Gefängnis- und Zuchthausstrafe), ist für die Höchststrafe bei Tötungsdelikten stets ihre strengste Form vorgesehen.

³²¹ Vgl. z. B. E 1962 Begr. S. 263.

³²² So z. B. die österr. Dokumentation (Anm. 217), S. 121.

³²³ Vgl. nur E 1962 Begr. S. 273: Es werde der höchstmögliche Schutz für das höchste Rechtsgut angestrebt.

³²⁴ Vgl. Röhl, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, 1969, S. 144 ff.

³²⁵ In der 25. Sitzung am 4. 11. 1927.

³²⁶ Vgl. Rietzsch, in Gürtner, AT, S. 132; Freisler, DJ 1941, 932.

langen Freiheitsstrafe, um dann doch von ihrem Fortbestand auszugehen und sie aus generalpräventiven Erwägungen gerade auch für die schwersten Fälle vorsätzlicher Tötungen vorzusehen³²⁷. Das BVerfG hat ihre Androhung in § 211 und § 212 II bekanntlich für grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt³²⁸.

Die vom BVerfG als verfassungsrechtliches Minimum bezeichnete Lösung, bei Fortbestand der lebenslangen Freiheitsstrafe Regelungen über ihre bedingte Aussetzung nach Verbüßung einer gewissen Strafzeit vorzusehen, hat im ausländischen Strafrecht viele Vorbilder³²⁹. Auch in der deutschen Reformdiskussion wurde sie schon früh erörtert. Trotzdem war nur im GE 1911 und im E 1919 vorgesehen, die bedingte Entlassung auch auf die lebenslange Zuchthausstrafe zu erstrecken³³⁰, während sich die übrigen Entwürfe teils in der Sache ablehnend verhielten³³¹, teils auf eine im Rahmen der Strafvollzugsgesetzgebung vorzusehende Regelung verwiesen³³². § 48 II AE schlug die Möglichkeit einer Strafrestaussetzung zur Bewährung nach 15 Jahren Strafverbüßung vor. Auch die zur Erarbeitung des Entwurfs für ein Strafvollzugsgesetz eingesetzte Kommission empfahl 1967 die Einführung einer bedingten Entlassung auch für zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte³³³. Nach dem Spruch des BVerfG sieht der inzwischen in 1. Lesung behandelte Entwurf eines 17. StÄG³³⁴ vor, daß die Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen ist, wenn

— 15 Jahre der Strafe verbüßt sind³³⁵,

— verantwortet werden kann, zu erproben, ob³³⁶ der Verurteilte außerhalb des Strafvollzuges keine Straftaten mehr begehen wird,

³²⁷ AE BT/1 S. 17.

³²⁸ BVerfGE 45, 187 ff., BVerfG JR 1979, 24 ff. (vgl. aber auch o. Anm. 1).

³²⁹ Einen Überblick gibt Rühl (Anm. 324) S. 75 ff. Vgl. auch neuerdings Ungarn § 47 IV (Mindestverbüßung v. 20 Jahren) und Österreich § 46 IV (bedingte Entlassung nach 15 Jahren möglich), ähnlich schon Schweiz Art. 38.

³³⁰ In GE 1911 §§ 55, 58 war die vorläufige Entlassung Lebenslänglicher nach 20 Jahren, in E 1919 § 69 nach 15 Jahren vorgesehen.

³³¹ Vgl. VE 1909 Begr. S. 102 ff., zustimmend Ebermayer, DJZ 1910, 990.

³³² E 1927 Begr. S. 36.

³³³ Vgl. den Bericht zum Stand der Strafvollzugsreform, ZfStrVO 1968, 57 („sofern die lebenslange Freiheitsstrafe im Gesetz beibehalten werden sollte“).

³³⁴ BR-Drs. 2/79.

³³⁵ Stellungnahme des Bundesrates: 20 Jahre (BR-Drs. 2/79 [Beschluß]).

³³⁶ Schärfer, wenn nicht gar überspannt, die Stellungnahme des Bundesrats: „die Gewähr besteht, daß“.

— der Verurteilte einwilligt und

— nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten oder die Verteidigung der Rechtsordnung die weitere Vollstreckung gebietet.

Eine Anzahl von Ländern hat die lebenslange Freiheitsstrafe nicht (mehr) in ihrem Strafsystem. Es handelt sich einmal um die meisten osteuropäischen Staaten, die jedoch die Todesstrafe als Höchststrafe vorsehen. Dagegen ist in Portugal, Spanien und einer Reihe lateinamerikanischer Staaten auch die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft³³⁷. In Portugal beträgt die Höchststrafe 24, in Brasilien und Uruguay 30 Jahre³³⁸, in Venezuela gar nur 20 Jahre³³⁹.

Daraus ergibt sich: wo eine zeitige Freiheitsstrafe auch für die schwersten Tötungsdelikte als Höchststrafe angedroht ist, liegt ihr Höchstmaß stets und in der Regel beträchtlich über der im StGB vorgesehenen Obergrenze von 15 Jahren. Allerdings darf man nicht übersehen, daß auch in Ländern, die die lebenslange Freiheitsstrafe bei den Tötungsdelikten kennen, das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe mitunter beträchtlich über dem unsrigen liegt³⁴⁰.

Die neueren Reformvorschläge für das bundesdeutsche Strafrecht, die auf die lebenslange Freiheitsstrafe verzichten wollen, plädieren dementsprechend zum Teil für eine Heraufsetzung der Obergrenze der zeitigen Freiheitsstrafe: Der Vorschlag des *Lackner-Seminars*³⁴¹ sieht für die schwersten Fälle vorsätzlicher Tötung Freiheitsstrafe von 21, *Otto*³⁴² von 25 Jahren vor. Da beide Vorschläge ihre Höchststrafe für qualifizierte Tötungsfälle absolut androhen und ansonsten an der Obergrenze von 15 Jahren festhalten wollen, verzichten sie auf das sonst im Bereich zeitiger Freiheitsstrafen gegebene Kontinuum. Wie bei Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe bleibt es nach diesen Entwürfen bei einem Sprung zwischen der „gewöhnlichen“ zeitigen Höchststrafe, an die der Strafrahmen bei der „normalen“ vorsätzlichen Tötung heranreichen soll, und der Strafe für das qualifizierte Tötungsdelikt. Demgegenüber sprechen sich andere³⁴³ für einen

³³⁷ In Spanien führte das Franco-Regime die Todesstrafe wieder ein; da es jedoch bei der Abschaffung der Lebenszeitstrafe blieb und die Todesstrafe durch die neue Verfassung abgeschafft ist, liegt heute die Höchststrafe bei 30 Jahren strenger Reklusion.

³³⁸ Wobei in Uruguay eine bedingte Entlassung schon nach Verbüßung der halben Strafzeit möglich ist, vgl. *Carballa*, ZStW 64 (1952), 516.

³³⁹ *Röhl* (Anm. 324), S. 17.

³⁴⁰ Vgl. z. B. Italien: 24 Jahre, Schweiz: 20 Jahre.

³⁴¹ JZ 1977, 503 ff.

³⁴² ZStW 83 (1971), 79.

³⁴³ *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 462 ff.; wohl auch *Arzt*, ZStW 83 (1971), 16 ff. sowie *ders.*, Lehrheft 1, 1977, S. 31.

kontinuierlichen Strafraumen sowie gegen eine wesentliche Erhöhung der zeitigen Höchststrafe aus und wollen dem Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft vor Rückfalltätern durch entsprechende Gestaltung der Sicherungsmaßregeln genügen.

2. Bei der *Mindeststrafe* sind wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung deliktsübergreifender Milderungsgründe im AT Vergleichsaussagen kaum möglich. Immerhin läßt sich beobachten, daß auch für den mildesten Fall einer Affekttötung grundsätzlich Freiheitsstrafe angedroht ist, und zwar in der Regel mit einem erhöhten Mindestmaß. Dieses Mindestmaß liegt in der Bundesrepublik seit Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung durch das 3. StÄG (1953) *de lege lata* und nach den meisten Reformvorschlägen auch *de lege ferenda*³⁴⁴ im aussetzungsfähigen Bereich³⁴⁵.

Mehr noch als bei der Höchststrafe vermißt man Begründungen für die Wahl der Mindeststrafe. Die neueren bundesdeutschen Reformentwürfe, die an der 6monatigen Freiheitsstrafe des geltenden Rechts festhalten wollen, verweisen zumeist lapidar darauf, es bestünde kein Grund, den Strafraumen des bisherigen § 213 zu ändern³⁴⁶. In der Begründung zum Vorschlag des *Lackner-Seminars* wird immerhin ausgeführt, der Strafraumen des geltenden § 213 sei angezeigt, um auch „extremen Verhältnissen von Schuld-milderung“ Rechnung zu tragen³⁴⁷. Demgegenüber tritt der E 1962 wie schon VE 1909, die auf den in Frage stehenden Unrechtsgehalt bzw. den Stellenwert des geschützten Rechtsguts verweisen³⁴⁸, für eine Anhebung der Mindeststrafe auf 1 Jahr Gefängnis ein, während umgekehrt Franz v. *Liszt* sich für eine dem gesetzlichen Mindestmaß entsprechende Untergrenze von 6 Wochen einsetzte³⁴⁹.

3. Faßt man die zur Höchst- und Mindeststrafandrohung gesammelten Beobachtungen zusammen, so zeigt sich eine bemerkenswerte Gemeinsamkeit: Zur Erfassung der vorsätzlichen Tötungsdelikte wird ein Strafraumen für erforderlich gehalten, der von der jeweiligen Höchststrafe bis zu einer die gesetzliche Untergrenze nahekommenden oder sie gar erreichenden Freiheitsstrafe reicht. Die Ahndung vorsätzlicher Tötungen durch Geldstrafen ist durchweg nicht vorgesehen. Man ist sich somit darin einig, daß die vorsätzlichen Tötungstatbestände Taten außerordentlich unterschiedlicher Schwere zu erfassen haben.

³⁴⁴ Anders nur der E 1962.

³⁴⁵ Vgl. auch *Eser, DJT-Gutachten*, § 8 IV.

³⁴⁶ Vgl. AE BT/1 Begr. S. 17, *Friedrich/Koch*, JuS 1972, 463; *Otto*, ZStW 83 (1971), 77 erklärt pauschal die Vorschläge des AE für „sachgemäß“.

³⁴⁷ JZ 1977, 505.

³⁴⁸ E 1962 Begr. S. 274; vgl. schon VE 1909 Begr. S. 641.

³⁴⁹ VDB V S. 78.

B. Gestaltung des Gesamtstrafrahmens

Bei der Rechtsfolgenausgestaltung hat der Gesetzgeber grundsätzlich die Wahl zwischen absoluten Strafandrohungen und der Ausbildung mehr oder weniger weiter Strafrahmens. Beide Alternativen begegnen bei den Tötungsdelikten, wobei erstere nur bei der Höchststrafe vorkommen. Von besonderer Bedeutung ist, inwieweit die Rechtsfolgenausgestaltung durch die Entscheidung für eine bestimmte Differenzierungsweise vorprogrammiert ist.

1. Absolute Androhung der Höchststrafe

Keine Strafrechtsordnung gibt sich so rigide, daß sie für alle Fälle vorsätzlicher Tötung ausschließlich und zwingend die nach ihrem Sanktionssystem höchstmögliche Strafe androht. Einstufige Lösungen kennen daher keine absolute Androhung ihrer Höchststrafe.

Von zweistufig-privilegierungsbezogenen Regelungen läßt sich dies schon nicht mehr sagen³⁵⁰. Am häufigsten finden sich absolute Höchststrafandrohungen bei qualifikationsbezogener Zweistufigkeit³⁵¹ und bei Dreistufigkeit³⁵² als Sanktion für die als besonders strafwürdig ausgezeichneten Tötungsfälle. Durch Unterstufungen kann ihr Anwendungsbereich auf einen Teil der erschweren Fälle beschränkt sein³⁵³. Auch hier relativieren freilich häufig AT-Milderungsbestimmungen die absolute Strafdrohung³⁵⁴.

Nicht unter die absoluten Strafdrohungen gerechnet werden können Regelungen wie im VE 1909 oder im E 1913, welche ebenfalls mildernde Umstände vorsehen, deren Rechtsfolgen aber bei den einzelnen Delikten

³⁵⁰ In E *Radbruch* § 218 steht auf die dort Mord genannte „vorsätzliche Tötung unter nicht näher bestimmten Voraussetzungen“ absolut lebenslange Freiheitsstrafe, in E 1925 § 221 gar die Todesstrafe. Allerdings wird diese Strenge durch AT-Milderungsvorschriften wieder zurückgenommen (vgl. E *Radbruch* §§ 72 ff., E 1925 §§ 72 ff.).

³⁵¹ Vgl. z. B. E 1919 § 283.

³⁵² So z. B. § 211 StGB, Schweiz Art. 112.

³⁵³ So z. B. §§ 211, 214, 215 RStGB, Türkei Art. 449 ff.

³⁵⁴ So eröffnen z. B. Schweiz Art. 64 ff. die Möglichkeit, statt der lebenslangen eine zeitige Freiheitsstrafe zwischen 10 und 20 Jahren zu verhängen. Von den deutschen Entwürfen vgl. z. B. GE 1911 § 87 (Mindeststrafe für Mord unter mildernden Umständen: 10 Jahre Freiheitsstrafe), E 1927 § 73 (Mindeststrafe 3 Jahre).

selbst aussprechen, anstatt die Materie im AT abschließend zu regeln³⁵⁵. Wo sie bestehen, können absolute Strafdrohungen überwiegend wie in § 211 StGB zwingend oder nur fakultativ angedroht sein. Vorwiegend in jüngeren Modellen wird der zweite Weg beschritten und durch Kann-Bestimmungen³⁵⁶ oder Regelbeispieltechnik³⁵⁷ die Verbindung von Voraussetzung und Rechtsfolge gelockert und damit dem Richter ein Zugang zu milderen Strafen eröffnet.

2. „Homogene“ und „heterogene“ Strafrahmen

Um sowohl für den schwersten wie auch für den leichtesten Fall eine angemessene Sanktion bereitzustellen, muß der Strafrahmen *einstufiger* Regelungen den gesamten für die Tötungsdelikte vorgesehenen Sanktionsbereich umfassen³⁵⁸. Eine *mehrstufige* Ausgestaltung der Tötungsdelikte gibt dem Gesetzgeber dagegen die Möglichkeit zu differenzierter Rechtsfolgenandrohung. Diese wird in höchst unterschiedlicher Weise genutzt, ohne daß von der Stufungsweise auf die Strafrahmenausgestaltung geschlossen werden könnte. Wer z. B. meint, bei Dreistufigkeit seien engere Strafrahmen als bei zwei- oder einstufigen Lösungen zwingend, wird durch Franz v. Liszt Lügen gestraft, der die qualifizierten Fälle lediglich durch eine erhöhte Mindeststrafe ausgezeichnet sehen will und dabei sogar einer Überlappung der Strafdrohung für qualifizierte und privilegierte Fälle das Wort redet³⁵⁹.

Werden absolute Strafen, insbesondere die Todesstrafe bzw. die lebenslange Freiheitsstrafe, neben einem Rahmen zeitiger Freiheitsstrafe alternativ angedroht, so kann man wegen des qualitativen Unterschiedes beider Sanktionsformen³⁶⁰ von „heterogenen“ Strafrahmen sprechen³⁶¹, während bei Androhung nur einer Strafart die Rechtsfolgenandrohung „homogen“ zu nennen ist. Die deutsche Reformdiskussion kennzeichnet das Bemühen, von der

³⁵⁵ VE 1909 § 212 und E 1913 § 280 sehen für Mord unter mildernden Umständen statt der Todesstrafe Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslanges Zuchthaus vor.

³⁵⁶ AE § 100 II.

³⁵⁷ E Lackner-Sem. § 211 II; vgl. auch schon E StRK 1936 (v. Gleispach, in Gürtner, BT², S. 385).

³⁵⁸ Dabei kann das Gesetz dem eiligen, nur auf die BT-Bestimmungen achtenden Leser eine in Wahrheit nicht gegebene Strenge vorspiegeln: So ist z. B. in Dänemark § 237 ein Strafrahmen von 5–15 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe bestimmt, der jedoch durch die allgemeine Milderungsvorschrift der §§ 84 ff. bis auf die Mindestfreiheitsstrafe von 1 Monat herabweitert wird.

³⁵⁹ VDB V S. 101.

³⁶⁰ Vgl. Eser, DJT-Gutachten, § 2 III 1.

³⁶¹ Genaugenommen ist auch die zwei absolute Strafen verbindende Mordstrafe des österr. E 1912 § 286 (lebenslänglich oder Todesstrafe) heterogen.

ausschließlichen Androhung absoluter Strafen auch beim schwersten Tötungsdelikt abzurücken, aber durch mehr oder weniger unvollkommene Unterstufungen zumindest optisch homogene Strafraumen zu bilden.

Den ersten amtlichen Entwürfen ging es dabei vorwiegend um die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Todesstrafe von dem der Freiheitsstrafe. Die Heterogenität von zeitigem und lebenslangem Freiheitsentzug wurde als weniger störend empfunden. Schon im VE 1909 § 212 sah man für Mord die Todesstrafe nicht absolut vor, sondern gestattete es, bei mildernden Umständen auf 10—15jähriges oder lebenslangliches Zuchthaus zu erkennen³⁶². Daß am Nebeneinander von zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe weniger Anstoß genommen wurde, zeigt sich auch an der Rechtsfolgenbestimmung des qualifizierten Totschlags³⁶³. Demgegenüber bringen § 405 II E 1936 und § 211 II RGStGB 1941 schon im Wortlaut zum Ausdruck, daß an eine alternative Androhung von Todesstrafe und lebenslanger Freiheitsstrafe nicht gedacht war³⁶⁴.

Dagegen wird — nachdem schon das 3. StÄG durch Einführung der besonders schweren Fälle des Totschlags (§ 212 II) den Totschlagsstrafrahmen formal homogenisiert hatte — in keinem Nachkriegsentwurf ein offenes Nebeneinander von zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe empfohlen; der bisher auf die Androhung der Todesstrafe wirkende Grundsatz der gesonderten Beschreibung der höchststrafwürdigen Fälle ist also auf die lebenslange Freiheitsstrafe übertragen, der Blick für die grundsätzliche Verschiedenheit zeitigen und lebenslangen Freiheitsentzugs geschärft.

Damit begibt man sich indes in eine Wechselbeziehung zwischen Höchstsanktion und qualifikationsbezogener Differenzierung: Hält man an der lebenslangen Freiheitsstrafe oder einer anderen absoluten Höchststrafe fest, so stellt sich die Aufgabe, diejenigen schwersten Tötungsfälle zu beschreiben, für welche sie die *allein* angemessene Sanktion sein soll. Da man andererseits eingestehen muß, daß eine solche exklusiv-zwingende Umschreibung nicht möglich ist³⁶⁵, bleibt nur die Wahl, entweder auf absolute Strafdrohungen zu verzichten (und damit die lebenslange

³⁶² Ähnlich, aber bezügl. der mildernden Umstände mit AT-Bestimmungen GE 1911 §§ 253, 254 IV. Vgl. auch E 1913 §§ 279 II, 280.

³⁶³ Vgl. VE 1909 § 214, E Radbruch § 219 II, E 1925 § 222 II, E 1927 § 246 II, E 1930 § 246 I.

³⁶⁴ Zur ratio des § 211 III StGB, vgl. Freisler, DJ 1941, 932. — § 212 StGB droht zeitige und lebenslange Freiheitsstrafe nebeneinander an.

³⁶⁵ Vgl. Eser, DJT-Gutachten, § 2 III 1, 2.

Freiheitsstrafe zu beseitigen) oder die Entscheidung über zeitigen oder lebenslangen Freiheitsentzug unter mehr oder weniger offener Abkehr vom Homogenitätsprinzip dem Richter zu überlassen³⁶⁶. Die neueren Entwürfe, die eine absolute Höchststrafe vorsehen³⁶⁷, zeugen von den Versuchen, dieses Dilemma durch flexiblere Kriterien und Lockerung der Verbindung der Voraussetzung und Rechtsfolge zu lösen. Umgekehrt: würde man auf absolute Strafdrohungen verzichten, so wäre ein im deutschen Strafrecht traditionell höchst bedeutsames Argument für die Hervorhebung der schwersten Tötungsfälle hinfällig.

Ausländische Rechtsordnungen sind gegenüber heterogenen Strafformen oft weniger kritisch eingestellt: Während das (dreistufige) schweiz.StGB Homogenität jedenfalls nicht weniger als das deutsche verwirklicht³⁶⁸, finden einstufige Regelungen, aber auch zweistufig-privilegierungsbezogene Kodifikationen nichts dabei, zeitige und lebenslange Freiheitsstrafe³⁶⁹ oder gar zeitige Freiheitsstrafe und Todesstrafe³⁷⁰ nebeneinander anzudrohen. Bei qualifikationsbezogener Zweistufigkeit und bei Dreistufigkeit ist Homogenität häufiger anzutreffen, aber nicht zwingend³⁷¹. Umgekehrt ist der Verzicht auf absolute Höchststrafen nicht notwendig

³⁶⁶ Diese Zusammenhänge dürften Arzt zu der — überspitzten — Bemerkung veranlaßt haben, man habe besonders schwere Fälle der Tötung, weil man einen Anwendungsbereich für die lebenslange Freiheitsstrafe brauche, ZStW 83 (1971), 11; vgl. aber dazu auch Eser, DJT-Gutachten, § 5 I 1.

³⁶⁷ So Schröder, Mat. I S. 293, AE § 100, E Lackner-Sem. § 211, Otto, ZStW 83 (1971), 79.

³⁶⁸ Vgl. aber Schweiz. E 1980 Art. 112, der als Mordsanktion Freiheitsstrafe von nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglicher Dauer vorsieht.

³⁶⁹ So Schweden Kap. 3 § 1, Dänemark § 237, Island § 211, Österreich § 75.

³⁷⁰ Vgl. z. B. Polen Art. 148.

³⁷¹ Heterogen z. B. Kuba Art. 316, Rumänien Art. 176, die neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher sowie UdSSR Art. 102, wo die qualifizierten Tötungen mit Freiheitsentziehung mit 8—15 Jahren, verbunden mit Verbannung oder ohne solche, oder mit dem Tode bestraft wird. Ungarn § 166 II droht sogar zeitige Freiheitsstrafe, lebenslänglichen Freiheitsentzug und Todesstrafe alternativ an. Nicht weniger extrem Niederlande Art. 288 f., wo ein Straffrahmen zwischen dem Minimum zeitiger Freiheitsstrafe und lebenslänglichem Freiheitsentzug vorgesehen ist (im niederländischen StGB werden ganz allgemein Qualifikationen nur durch Anhebung der Höchststrafe ausgezeichnet, an der Mindeststrafe ändert sich nichts).

damit verbunden, daß eine qualifikationsbezogene Stufung unterbleibt³⁷².

3. Exklusivität oder Teilüberdeckung der Strafrahmen

Bei der gestuften Lösung stellt sich die weitere Frage, ob die einzelnen Strafrahmen aneinander angrenzen (Exklusivität) oder sich überlappen sollen (Teilüberdeckung). *Exklusivität* findet sich natürlich dort, wo mit der Qualifizierung die Hervorhebung gerade und nur der höchststrafwürdigen Tötungen intendiert ist³⁷³, kommt aber auch bei Verzicht auf absolute Höchststrafen vor³⁷⁴. Bemerkenswerterweise ist auch die Abschichtung privilegierter Fälle verbreitet exklusiv ausgestaltet³⁷⁵. Auch *Teilüberdeckungen* finden sich sowohl zur qualifizierenden wie zur privilegierenden Abschichtung³⁷⁶. Zusammenhänge mit bestimmten Stufungstechniken sind nicht ersichtlich.

Bei dreistufigen Regelungen kommt das Problem des Zusammentreffens privilegierender und qualifizierender Merkmale hinzu: Es läßt sich durch Vorrang einer Stufe³⁷⁷, durch Verweis auf

³⁷² Portugal Art. 349 droht für die „gewöhnliche“ Tötung Freiheitsstrafe zwischen 16 und 20, Art. 351 für die qualifizierten Fälle Freiheitsentzug zwischen 20 und 24 Jahren an; vgl. auch Brasilien Art. 121. Ebenso der Sache nach Spanien Art. 405 ff.

³⁷³ So z. B. Schweiz Art. 111, Italien Art. 575 ff.

³⁷⁴ Wie das Beispiel Portugal (o. Anm. 372) zeigt.

³⁷⁵ Vgl. z. B. AE § 100 III, DDR § 113, Albanien Art. 85 f., Bulgarien Art. 118 f. Die Regelungen in Albanien und Bulgarien sind insofern bemerkenswert, als die Strafrahmen von Grundtatbestand und Privilegierungsvorschrift nicht einmal aneinanderstoßen (Höchststrafe der Privilegierung: 8 Jahre Freiheitsstrafe, Mindeststrafe des Grundtatbestands: 10 Jahre Freiheitsentzug). — Gegen Exklusivität der Strafrahmen von Grundtatbestand und Privilegierungsstufe *Arzt*, ZStW 83 (1971), 30. Vgl. zum Ganzen auch *Eser*, DJT-Gutachten, § 8 V.

³⁷⁶ Teilüberdeckungen von Grunddelikt und Qualifikation weisen z. B. Brasilien Art. 121, Bulgarien Art. 115 f., Niederlande Art. 287 ff. und die neuen jugoslawischen Strafgesetzbücher (z. B. Bosnien/Herzegowina Art. 36, Serbien Art. 37) auf. Teilüberdeckungen bei privilegierender Abschichtung kennen z. B. Polen Art. 148, Schweiz Art. 111, 113. Der Reformvorschlag von Franz von Liszt (VDB V S. 26, 101) sieht sogar eine Teilüberdeckung von Qualifizierungs- und Privilegierungsstufe vor.

³⁷⁷ Der BGH nimmt bekanntlich Vorrang des § 211 an, vgl. BGHSt. 11, 139; zum Meinungsstand im deutschen Strafrecht s. *Eser*, in *Schönke-Schröder*, § 211 Rdn. 9 und § 213 Rdn. 3. De lege ferenda für Vorrang der Privilegierung z. B. *Arzt*, ZStW 83 (1971), 29. — Auch im schweizerischen Recht wird von der h. M. ein Vorrang der Qualifikationsstufe angenommen, vgl. *Walder*, SchwZStR 81 (1979), 157 m. w. N.

den „Mitteltatbestand“³⁷⁸ oder aber durch einen Sonderstrahmen³⁷⁹ lösen.

VI. *Schlußbemerkung*

Wie schon einleitend bemerkt, ging es hier weder um den Einzelvergleich bestimmter Rechtsordnungen noch um eine abschließende Würdigung der verschiedenartigen Regelungsformen, in denen uns die Tötungstatbestände bei einem Gesamtvergleich entgegentreten. Bezweckt war vielmehr nur eine Entfaltung und Strukturierung des gesetzlichen Regelungsmaterials, indem aus der Vielfalt der Erscheinungsformen und Einzelkriterien das modellhaft-typische herausgearbeitet wurde³⁸⁰. Und zwar mit rechtspolitischer Zielsetzung: Denn wenn sich die anstehende Neuregelung der Tötungsdelikte nicht in einer bloßen Reproduktion des Überkommenen mit rein kosmetischen Korrekturen erschöpfen soll, muß zunächst einmal der Blick ausgeweitet werden auf Regelungsalternativen, wie sie am ehesten in anderen Rechtsordnungen und früheren Reformentwürfen zu finden sind.

Dabei dürfte für die weitere Reformdiskussion vor allem folgendes deutlich geworden sein: Zum einen, daß schon für die tatbestandliche Grundstruktur der Tötungsdelikte das traditionelle dreistufige Modell nicht zwingend vorgegeben ist, sondern stattdessen auch andere Abstufungsalternativen denkbar sind. Zum anderen, daß die Vielfalt qualifizierender und privilegierender Faktoren zwar einerseits weitaus größer ist, als dies aus dem geltenden Recht erscheinen könnte, daß aber andererseits bestimmte Faktoren immer wiederkehren und schon deshalb besondere Beachtung verdienen. Nicht zuletzt aber, daß es allgemeingültige, überzeitliche Patentlösungen offenbar nicht gibt, sondern daß selbst der Schutz eines so unbestreitbar hohen Rechtsguts wie des Lebens einer jeweils *zeitgemäßen*, damit aber auch *zeitbedingten* Regelung bedarf. Wie ein solches Modell innerhalb der hiesigen und heutigen Rahmenbedingungen aussehen könnte, muß weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben. Ein Vorschlag dazu wird in dem eingangs erwähnten DJT-Gutachten vorgelegt.

³⁷⁸ So v. *Liszt*, VDB V S. 78, der eine solche Regel im AT plziert wissen will.

³⁷⁹ So z. B. AE § 100 IV, E *Lackner-Sem.* § 212 III.

³⁸⁰ Deshalb ist der grundsätzliche Verzicht auf Mitberücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur nicht nur aus Raummangel, sondern auch aus Sachgründen zu erklären; denn erstrebte war primär eine Analyse der gesetzlichen Strukturen und Kriterien.