

Notwendigkeit der Reform des Tötungsstrafrechts und der „AE-Leben“

Arthur Kreuzer

I.

Kaum irgendwo sonst hat sich eine so große Kluft zwischen Kriminalwissenschaften einerseits, Rechtsprechung und Gesetzgebung andererseits aufgetan wie gerade bei den schwersten Taten und der höchsten Strafe: vorsätzliche Tötungen und lebenslange Freiheitsstrafe. Die Reform ist überfällig.¹ Höchsttrichterliche Versuche, mit der Gesetzeslage zurecht zu kommen, sehen sich unvergleichlich herber Kritik ausgesetzt: Diese Rechtsprechung befinde sich „auf einer Rutschbahn in immer tiefere Konfusion“; man spricht von „Zickzack-Kurs“, „tostloser Misere der Interpretation“ gesetzlicher Mordmerkmale, „Dauerkrise“, „Kollaps des § 211 unter der Last des case law“.² Zusammenfassend wird konstatiert: „Seit langem ist es ja fester Bestandteil fast jeden wissenschaftlichen Beitrags zu §§ 211 ff StGB (Mord, Totschlag), die Mängel der Regelung zu beklagen, ihre Reformbedürftigkeit zu betonen und zugleich den Gesetzgeber aufzufordern, endlich tätig zu werden.“³

Jedoch ist man sich uneins über Umfang und wesentliche Inhalte einer Reform. So wurden auf einer Fachtagung der Kriminologischen Zentralstelle zu Tötungsdelikten 2002 in Wiesbaden Jubilar und Verfasser nach ihren Referaten zu strafrechtlichen und kriminologischen Aspekten der Tötungskriminalität⁴ gefragt, wie sie sich eine Reform vorstellten. Der *Verf.* plädierte für eine Lösung mit dem Grunddelikt des Totschlags, einer beispielhaft unterlegten Qualifikation als Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe und einer Privilegierung des Totschlags für wiederum beispielhaft gekennzeichnete minder schwere Fälle. *Heinz Schöch* mahnte hingegen, die durch eine konturierte Rechtsprechung zu einzelnen Mordmerkmalen erreichte Rechtssicherheit nicht aufs Spiel zu setzen, wenn man leichtfertig auf Teile der bisherigen Regelung verzichte. In der Bandbreite dieser beiden Ansichten hält sich auch der nachfolgende Beitrag. Im Alternativ-Entwurf Leben, an dem der Jubilar mitgewirkt hat, findet sich in der Tat ein Teil der bisherigen Mordmerkmale – nunmehr allerdings funktional modifiziert, reduziert, modernisiert und durch ein gemeinsames Leitprinzip konturiert – wieder. Die Kritik des *Verf.* ist teils zustimmend, aber gerade hinsichtlich der vorgeschlagenen Struktur der Tötungs-Straftatbestände skeptisch. *Heinz Schöch* hat sich Jahrzehnte u. a. mit namentlich strafrechtlichen Fragen dieser Delikte befasst, der *Verf.* ebenso lang vorwiegend mit kriminologischen. So liegt es nahe, dass sich der Festschriftbeitrag mit ausgewählten Aspekten dieser Thematik im Lichte des vom Jubilar mit erarbeiteten grundlegenden Reformentwurfs auseinandersetzt. Das soll ein Zeichen hoher Wertschätzung für den Freund und dessen Werk sein.

II.

¹ So zuletzt *Fischer* Strafgesetzbuch 57. Aufl. 2010 Rn. 1 Vor §§ 211-216; *Neumann* NomosKommentar StGB Bd. 2, 3. Aufl. 2010 Rn. 156 Vor § 211; *Roxin* in: *Jahn/Nack* Hrsg., Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? 2. Karlsruher Strafrechtsdialog 2009, 2010 S. 21 ff; *Heine et al.* Hrsg., Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), GA 2008, 193 ff (mit Nachw. 194 f); *Verf.* FAZ Nr. 129 v. 05.06.2008 S.8; *ders.* StV 2007, 598 ff.

² Vgl. z. B. *Heine* Ehrengabe für *Anne-Eva Brauneck* 1999, 315 ff; *Arzt*, in *Arzt/Weber* Strafrecht BT 2000 § 2 Rn. 17, 23.

³ *Mitsch* Verfassungsbeschwerde v. 15.03.2007 im Verfahren gegen den „Kannibalen von Rotenburg“.

⁴ *Egg* Hrsg., Tötungsdelikte, Kriminologie und Praxis Bd. 36, 2002; darin: *Verf.* S. 45 ff, *Schöch* S. 71 ff.

Dem primären Anliegen des AE-Leben, der Analyse von Mängeln des geltenden Tötungsstrafrechts und seiner Anwendung sowie dem entschiedenen und konstruktiven Votum für eine gesetzliche Reform⁵ ist grundsätzlich beizupflichten.⁶ Das geltende Recht entspricht nicht unverzichtbaren Forderungen nach systematischer Konsistenz, rechtsstaatlicher Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit sowie Einzelfallgerechtigkeit. Daran ändert das Bemühen der Rechtsprechung um einzelfallorientierte Anpassung nichts grundlegend.⁷ Die wichtigsten, überwiegend auch in der AE-Analyse genannten Mängel seien nach ihrer Gewichtung in der Sicht des *Verf.* stichwortartig umrissen und ergänzt:

Noch als vordergründig mag die Kritik an den §§ 211 ff StGB angesehen werden wegen ihrer Herkunft aus der NS-Zeit und – auch sprachlich verfehlten (Mord und Totschlag können offenbar nur von Männern begangen werden) – Anreicherung mit Elementen der überholten, kriminologisch unhaltbaren Tätertypenlehre. Zwar hat man in den meisten Rechtskulturen versucht, nach schwereren und weniger schweren vorsätzlichen Tötungen zu unterscheiden. Kriterien waren Heimlichkeit und Planung oder die Gefährlichkeit des Täters oder die moralische Verwerflichkeit seines Tuns, welche Mord vom Totschlag abheben sollten. Pragmatisch, aber inkonsistent wurden diese Kriterien in § 211 vermengt, und der Gesetzgeber hat es in der Nachkriegszeit verabsäumt, wenigstens die Mordmerkmale dem Stand der Zeit gemäß zu überarbeiten.

Schlimmer wiegt der Umstand, dass die Mordmerkmale je für sich stehen und zwangsläufig die Höchststrafe nach sich ziehen. Gemeint ist der automatische, im Einzelfall völlig unverhältnismäßig erscheinende Sanktionssprung von einer zeitigen Freiheitsstrafe bei Totschlag zur lebenslangen bei Mord. In der Lehre vielfältig vorgeschlagene zusätzliche Gesamtprüfungen einer Tat, die ein Mordmerkmal erfüllt, danach, ob die Höchststrafe noch verhältnismäßig ist, oder entsprechend vorzunehmende restriktive Auslegungen der einzelnen Mordmerkmale, wie sie auch vom BVerfG nahegelegt wurden, sind auf beharrliche, vehemente Ablehnung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestoßen.⁸ Hinzu kommt, dass selbst gleichzeitig vorliegende privilegierende, Unrecht und Schuld deutlich mindernde Umstände, die in § 213 genannt werden, bei Vorliegen eines Mordmerkmals kein Abweichen von der zwangsläufigen Rechtsfolge des Lebenslang erlauben sollen.

Besonders wichtig erscheint eine Reform wegen der seit Langem beobachtbaren Strategien der Praxis, im Einzelfall die sonst unabwendbare Folge der Höchststrafe zu umgehen.⁹ Solche Strategien können sich allerlei möglicher materiell- und verfahrensrechtlicher Instrumente bedienen, etwa großzügig Voraussetzungen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen anzunehmen, von bedingtem Tötungsvorsatz zur Fahrlässigkeit abzustufen, prozessuale Zweifel am Tat- oder Schuldnachweis geltend zu machen, vor allem aber weitherzig Begutachtungen anzuordnen, um Schuldminderungen nach § 21 StGB festzustellen. Hinzu kommen, worauf der AE-Leben zu recht hinweist¹⁰, Verfahrensabsprachen, die dazu dienen, vom Mordvorwurf, jedenfalls von der Höchststrafe, abweichen zu können. Derartigen Strategien begegnen wir zwar in vielen Deliktsbereichen. Sie sind rechtsstaatlich aber am wenigsten hinnehmbar bei schwersten Delikten und der höchsten Strafe, zumal dann, wenn eine gesetzliche Fehlkonstruktion sie geradezu herausfordert. Sie sind unvereinbar mit der Bindung des Richters an das Gesetz, mit dem

⁵ AE-Leben a.a.O. insb. S. 194-200, 203 f.

⁶ Ähnlich drückt *Neumann* a.a.O. Rn. 156a Vor § 211 „Sympathie“ trotz gewisser Vorbehalte gegenüber der neu vorgeschlagenen Systematik aus.

⁷ Dazu insb. schon *Eser* Gutachten D 53. DJT 1980, D 39; *Heine* Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988; *ders* in: Ehrengabe für *Anne-Eva Brauneck* 1999, 315 ff.

⁸ Vgl. einerseits BVerfG E 45, 187 ff, andererseits BGHSt GS 30, 105 ff.

⁹ AE-Leben a.a.O. S. 197 und passim. Ähnlich schon *Sessar* Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1981; *Verf.*, ZRP 1977, 49 ff; *ders.*, Kriminalistik 1982, 428 ff, 455, 491 ff.

¹⁰ AE-Leben a.a.O. S. 197.

Gebot der Bestimmtheit von Strafnormen, mit der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit von Strafen. Ähnlich ist es übrigens in den USA bei dem Zwang, in einigen Staaten ansonsten die Todesstrafe zu verhängen. Dort wird oft schon in „plea bargainings“ seitens der Staatsanwaltschaft auf ein Geständnis hingewirkt mit dem Entgegenkommen, auf den Antrag der Todesstrafe zu verzichten.¹¹ Die enorme Bedeutung solcher mit der Gefahr einer Erosion des Rechtsdenkens einhergehenden Umgehungsstrategien mag man an der bemerkenswert offenen und herben Diagnose eines erfahrenen Praktikers erkennen. Nach *Hartmut Schneider* wird in Schwurgerichtsverfahren „ein angeblich nicht ausschließbarer Affekt vielfach geradezu nachgeworfen“; dort habe das Motto „Alles Psycho!“ Konjunktur; es gebe eine bedenkliche „Tendenz“ einer ‚Knochenerweichung‘ der Tötungsdelikte durch höchstrichterliche Befugnis zum nahezu freihändigen ‚OVERRULING‘ im Psycho-Bereich“. Auf der Tatbestandsseite biete die Rechtsprechung „in heiklen Einzelfällen mithilfe mordmerkmalspezifischer Psycho-Erwägungen oder gesinnungsethischer Zurüstungen effektive, rechtsdogmatisch indessen weitestgehend verfehlte Möglichkeiten zum Ausstieg aus § 211 StGB.“¹² Freilich meint er im Gegensatz zum *Verf.*, „dass von der vordergründig Furcht einflößenden Rechtsfolgenseite des § 211 StGB für sich betrachtet kein drängender Reformbedarf ausgeht“, und er warnt sogar davor, mit dieser Begründung in Reformansätzen wie dem AE-Leben „Lebenslang als gesetzliche Regelsanktion für Fälle höchststrafwürdiger Tötung gleichsam unter der Hand auszuhebeln.“

Eine Gesetzesreform ist zudem angezeigt, um das verfassungsgerichtlich ausgesprochene Verdikt über den gesetzlichen Zwang, die in § 211 StGB vorgesehene Rechtsfolge des Lebenslang bei Vorliegen eines Mordmerkmals in das Urteil zu übernehmen,¹³ umzusetzen. Die Korrektur über eine Rechtsfolgenlösung durch den BGH mag zwar wenigen Einzelfällen gerecht werden, in denen nach der konturenlosen inhaltlichen Kennzeichnung „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen. Sie führt aber in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Schattendasein, soll ohnehin nur bei dem Mordmerkmal der Heimtücke, nicht etwa bei dem der Habgier oder Verdeckungsabsicht oder gar allen Mordmerkmalen greifen können. Sie wird offenbar zunehmend vom BGH selbst gemieden. Sie beruht überdies auf einem verfassungsrechtlich bedenklichen richterrechtlichen Übergriff in die Gesetzgebungskompetenz, weil der BGH damit ohne Not den nicht der Analogie zugänglichen § 49 StGB gleichwohl als entsprechend anwendbar erklärt.¹⁴

Demgegenüber dürfte der traditionelle Streit über die Struktur der §§ 211 ff StGB zwischen der Rechtsprechung einerseits, nahezu dem gesamten Schrifttum andererseits, in der Bedeutung, die Strukturreform der Tötungsdelikte als zwingend einzuschätzen, Übergewicht sein. Wenn man mit dem BGH Mord als eigenständiges Delikt ansieht, droht Teilnehmern an der Tat, bei denen entsprechende strafbarkeitsbegründende Mordmerkmale fehlen, über §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB eine Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren.¹⁵ Wertet man mit der Lehre Mord als Qualifikation des Totschlags, führt dies für solche Teilnehmer über §§ 28 Abs. 2, 212 Abs. 1 StGB zu dem Strafrahmen des Grunddelikts mit fünf bis 15 Jahren. So kann letztlich in wohl jedem einzelnen Fall eine angemessene zeitige Strafe verhängt werden. Freilich wiegt verbal der Schuldvorwurf – Mord- oder Totschlagsbeteiligung – ungleich schwer, und in seltenen Ausnahmefällen kann mit der Rechtsprechung sogar eine kürzere Strafe greifen. In einem weiteren Ausnahmebereich könnte eine gesetzliche Abkehr von der Sicht des BGH zur Einordnung des § 211 als eigenständiges Delikt allerdings eine zeitgeschichtlich bedeutsame praktische Konsequenz haben: bei den bislang als Beihilfe zum Mord gewerteten und darum nach § 78 Abs. 2 StGB nicht verjährten Beteiligungen an NS-

¹¹ S. dazu *Verf.* Gedenkschrift für Vogler, 2004, 163 ff.

¹² *Schneider* in: *Jahn/Nack* a.a.O. 2010 S. 44 ff, 55.

¹³ BVerfG E 45, 187, 262 ff.

¹⁴ BGH GS 30, 105 ff; wie hier mit vielen Nachw. *Kühl* StGB Kommentar 26. Aufl. 2007 Rn. 20, 21 Vor § 211.

¹⁵ Daran hält der BGH, von peripheren Modifikationen abgesehen, wohl grundsätzlich fest, wie die sorgfältige Rechtsprechungsanalyse von *Rissing-van Saan* in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 26 ff zeigt.

Pogromen.¹⁶ Der AE-Leben trägt dem Rechnung, indem er den Tatbestandsbereich des § 211 ausweitet.¹⁷ Würde man dem nicht folgen, ließe sich durch eine Anpassung des § 78 StGB Rechnung tragen indem man klärt, dass die bisher von der Nicht-Verjährbarkeit umfassten Taten auch weiterhin nicht verjähren.

Zu einer Reform drängt insbesondere die Inkonsistenz des nach geltender Rechtslage bestehenden Systems der Strafandrohungen in Fällen vorsätzlich, täterschaftlich, „vollendet“ (horribile dictu, aber traditioneller strafrechtswissenschaftlicher Terminus) und in ungeminderter Schuldfähigkeit begangener Tötungen. Sozusagen quer zu strafrechtsdogmatischen Versuchen einer plausiblen Systematisierung der Tötungsdelikte ist hier einziges Kriterium der Stufung die konkrete Strafandrohung. Das dementsprechend siebenstufige System abgestufter Strafandrohungen ist entstanden aus einer Interaktion gesetzgeberischer, verfassungsgerichtlicher und höchstrichterlicher Entscheidungen.¹⁸ Erste und oberste Stufe ist Mord bei Feststellung besonderer Schwere der Schuld nach §§ 211, 57a mit obligatorisch lebenslanger Freiheitsstrafe und einem zwar nicht zwingenden, aber bislang immer strafvollstreckungsgerichtlich angeordneten, in der Länge gesetzlich nicht limitierten „Schuldschwerezuschlag“ über die Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren hinaus. Zweite Stufe ist das Lebenslang mit 15jähriger Mindestverbüßung für „normalen“ Mord nach § 211 StGB. Die dritte Stufe bildet der Totschlag in besonders schwerem Fall nach § 212 Abs. 2 StGB mit ebenfalls Lebenslang und 15jähriger Mindestverbüßung. Auf der vierten Stufe findet sich der „normale“ Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB mit einem Strafraumen von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Die fünfte Stufe ist der Rechtsfolgenlösung des BGH vorbehalten für Mord bei außergewöhnlichen Umständen, die zu einem Strafraumen von drei bis 15 Jahren führen nach §§ 211, 49 analog StGB. Auf der sechsten Stufe ist der Totschlag in minder schwerem Fall nach § 213 StGB mit einem Strafraumen von einem Jahr bis 10 Jahren angesiedelt. Die siebte Stufe bildet die Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB mit einer Strafe von sechs Monaten bis fünf Jahren. Beispielhaft für Inkonsistenzen im System sei lediglich auf die Rechtsfolgenlösung des BGH hingewiesen: Auf der vierten Stufe ist die Mindeststrafe von drei Jahren vorgesehen für eine gleichwohl als Mord einzuordnende Tötung, also zwei Jahre weniger als die Mindeststrafe für Totschlag; demgegenüber ist die Rechtsfolge für einen Totschlag auf der dritten Stufe schon das Lebenslang.

Weiter drängen Ungereimtheiten und ungelöste Fragen des § 57a StGB bei der Restaussetzung von lebenslangen Strafen zu einer Reform. Stichwortartig seien nur folgende Probleme genannt: Zutreffend kritisiert der AE-Leben¹⁹ die Unbestimmtheit der Voraussetzungen, eine Schuldschwere festzustellen; die „besondere Schwere der Schuld“ mit dem BGH²⁰ als „Umstände, die Gewicht haben“ zu charakterisieren und dazu recht ungleiche Beispiele zu geben, die von besonderer Verwerflichkeit der Tatausführung oder Motive bis zu Vielfachmord reichen, bedeutet keine wirkliche inhaltliche Konkretisierung und Erleichterung der Entscheidung des Schwurgerichts. Die über 15 Jahre hinaus gehende, von der Strafvollstreckungskammer zu bestimmende Mindestverbüßungszeit darf nicht auf einer „nach oben offenen Richterskala“ beruhen, sondern bedarf einer inhaltlichen und zeitlichen Limitierung im Gesetz. Das Gebotensein einer Weiterverbüßung ist ebenfalls zu konkretisieren; die notwendige Frage, ob überhaupt die Strafe noch weiter verbüßt werden müsse, scheint in der Praxis völlig übergangen oder formelhaft bejaht zu werden; es ist jedenfalls kein Fall bekannt geworden, in dem trotz Schuldschwere eine Restaussetzung nach 15 Jahren bewilligt worden wäre. Ungeklärt ist zudem, wie die von Tat- und

¹⁶ Darauf weist besonders *Jähnke* in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 62 hin.

¹⁷ AE-Leben a.a.O. S. 267.

¹⁸ S. dazu schon *Verf.* in: FS „Rechtswissenschaft im Wandel“ des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, 2007 S. 205 ff; *ders.* zuletzt StV 2007, 598 ff.

¹⁹ A.a.O. S. 254 ff.

²⁰ BGH St GS 40, 360 ff.

Vollstreckungsgericht vorzunehmenden Schuldbewertungen voneinander abzugrenzen seien und warum eine Art zweiter Strafzumessung durch ein weiteres Gericht nach dem Tatgericht vorgenommen werden muss. Man könnte sich auf das Konstrukt einer dynamischen Schuld stützen, die zur Tatzeit anders sei als bei der Prüfung durch das Vollstreckungsgericht wegen zwischenzeitlicher Schuldverarbeitung, Veränderungen der Lebensverhältnisse usw. Allemal scheint es aber sinnvoller, ein einziges Gericht – das Tatgericht – mit der Anordnung des Lebenslang, einschließlich der Feststellung außergewöhnlich schulderhöhender Umstände und einer Mindestverbüßungszeit über 15 Jahre hinaus, zu befassen. Ob allerdings auch ein Ausufern der Vollstreckungspraxis mit der zunehmenden Annahme besonderer Schuldschwere und entsprechend zunehmender Verbüßungszeiten über 15 Jahre hinaus zu erkennen und als Grund für eine Reform anzuführen ist, wie der AE-Leben meint, erscheint zweifelhaft angesichts einer völlig unzureichenden Datenlage.²¹ Ungeklärt ist schließlich das Verhältnis der nicht mehr von der Schuld, sondern nur noch aus Gründen eines Rückfallrisikos legitimierten Verbüßungszeit, die über die Mindestverbüßungszeit des Lebenslang hinaus reicht („Sicherungsüberhang“), einerseits zu der nach einer schuldangemessenen Strafe zu vollstreckenden Sicherungsverwahrung andererseits. Dieses Verhältnis ist schon an sich problematisch, weil in den Sicherungsüberhang dominant das Maßregeldenken rückt, welches die Rechtsnatur der Verbüßung als Straf-Verbüßung infrage stellt. Es ist noch komplizierter durch die zwischenzeitlich bei der Sicherungsverwahrung durch das BVerfG verlangten Vorgaben geworden.²² Danach gelten für die als schuldunabhängig gewertete Sicherungsverwahrung ein Abstandsgebot (Besserstellung gegenüber Strafgefangenen), Resozialisierungsgebot mit deutlich verbesserten Behandlungschancen sowie eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Rückfallgefareneinschätzung nach Ablauf der ersten zehn Jahre der Verwahrung. Zu klären ist strafrechtsdogmatisch und gesetzlich, ob der Sicherungsüberhang einer lebenslänglichen Strafe trotz dort anders gestalteter Gefahrenprognose materiell der Sicherungsverwahrung gleich zu stellen ist. Dann müssten Strafgefangene mit einem solchen Sicherungsüberhang Teil haben an Abstandsgebot und Beweislastumkehr.

Im Zusammenhang mit einer nötigen Gesamtreform des Tötungsstrafrechts bedarf die populistisch in § 66 Abs. 1 StGB ermöglichte Anordnung der Sicherungsverwahrung neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe der Remedur. Sicherungsverwahrung nach lebenslanger Strafe ist praktisch generell ausgeschlossen. Das Instrument entpuppt sich als schiere symbolische Gesetzgebung.²³ Kommt eine Strafrestaussetzung in Betracht, fehlen Voraussetzungen für eine anschließende Verbüßung der Sicherungsmaßregel. Die Praxis muss sich jetzt herumschlagen mit der offenbar nirgendwo geklärten Frage, ob nach der Mindestverbüßungszeit entsprechende Strafgefangene in die Sicherungsverwahrung zu überstellen oder im Strafvollzug zu belassen seien und welche Grundsätze dann bei der

²¹ AE-Leben a.a.O. S. 257 ff unter Verweis (Fn. 291) auf die Daten der Kriminologischen Zentralstelle. Dieses jährlich erneuerte Datenmaterial lässt indes keinen Aufschluss darüber zu, warum Gefangene länger als 15 Jahre im Strafvollzug sind; es kann mit einer noch ungünstigen Prognose oder mit der Schuldschwere zu tun haben. Gleiches gilt für das Argument hoher Sterberaten unter Lebenslänglichen im Vollzug; es kann sich bei den relativ niedrigen Fallzahlen um Gefangene handeln, die – etwa durch Suizid schon bald nach der Inhaftierung – noch vor Ablauf der Mindestverbüßungszeit sterben; auch dazu gibt das Datenmaterial keinen Aufschluss.

²² BVerfG NJW 2004, 737 ff; dazu z. B. *Kinzig* JR 2007, 165 ff; *Verf./Bartsch* in: *Estermann* Hrsg., *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung*, 2009, 99 ff; *Verf.* in: *Loccumer* Protokolle 2010 (im Druck); ausführlich *Bartsch*, *Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*, Diss. Universität Gießen 2009 (erscheint bei Nomos 2010). Die gegenwärtig schon komplizierte Lage wird noch labiler durch die vorliegende noch nicht rechtskräftige Kammerentscheidung des EGMR v. 17.12.2009 (dazu *Verf.* in: *ZEIT ONLINE* v. 17.12.2009).

²³ Populistische Argumente für eine Sicherungsverwahrung neben dem Lebenslang wurden leider auch in der Justiz gelegentlich unterstützt; vgl. z.B. LG Frankfurt v. 09.05.2006 (Nachw. bei *Verf.* StV 2007, 598 Fn. 2).

Haftgestaltung für sie jeweils zu gelten haben unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG.²⁴

Letztlich sprechen manche recht unbefriedigende, eigenen traditionellen Argumentationslinien widersprechende Entscheidungen des BGH dafür, dass es ein konsistentes Gerüst von Erkenntnissen innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht gibt, welches im Einzelfall verlässliche Erwartungen einer Einordnung zu den einzelnen Tatbeständen der §§ 211 ff StGB zuließe. Nur zwei Beispiele seien dafür angeführt:

Schon früh hat der *Verf.* aufgezeigt, dass sich der BGH in seiner Rechtsprechung zur ärztlichen Behandlungs- und Lebenserhaltungspflicht in Widersprüche verwickelt:²⁵ Einerseits soll der Patient grundsätzlich jederzeit selbst bindend über eine Behandlung durch den Arzt entscheiden dürfen, auch noch bei an sich vital indizierter Behandlung zur Lebenserhaltung; andererseits soll der behandelnde Arzt grundsätzlich als Garant angesichts eines Suizids seines Patienten, verpflichtet sein, für ihn gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen lebensrettende Maßnahmen einzuleiten, und nur Zweifel an der Möglichkeit einer Lebensrettung oder eine Konstellation der Unzumutbarkeit können ihn vor Strafe wegen versuchter Tötung auf Verlangen, begangen durch Unterlassen, schützen.²⁶ Dabei missachtet der BGH seine eigenen Grundsätze zur Patientenautonomie; er verkennt zugleich, dass eine Garantenstellung entfällt, wenn der Patient den Behandlungsauftrag frei verantwortlich zurückzieht.²⁷ Überhaupt drängt der Gesamtbereich von Lebenserhaltungspflicht und Sterbehilfe angesichts veränderter medizinischer Kenntnisse, technischer Entwicklungen und rechtlicher Grauzonen einer gesetzlichen Anpassung.²⁸

Das zweite Beispiel betrifft die Entscheidungen des BGH zum Mordvorwurf gegen den „Kannibalen von Rotenburg“.²⁹ Die Höchststrafe wegen Mordes wurde gerechtfertigt, obwohl der Täter in voller Übereinstimmung mit dem Opfer handelte, von diesem bei der Tat unterstützt und zum Weitermachen aufgefordert wurde und jederzeit aufzuhören bereit war, wenn es das Opfer verlangen sollte. Dass beide sozusagen in reziprok aufeinander bezogener paraphiler Einstellung nicht rechtsverbindlich entscheiden konnten, ändert nichts an der Beachtlichkeit der – schwer nachvollziehbaren krankhaften – Willensübereinstimmung für die Beurteilung des Unrechtsgehalts der Tat. Schon die überdeutliche Nähe zur Tötung auf Verlangen und verminderten Schuldfähigkeit angesichts einer beidseitig abnormen Triebrichtung hätte eine Einordnung als Totschlag, zumindest ein Absehen vom Lebenslang nach der Rechtsfolgenlösung ebendieses Gerichts nahegelegt,³⁰ worauf der BGH ebenso wenig einging wie auf viele bedeutende Argumente einer Vorinstanz³¹ und im Schrifttum³² für eine adäquate Einordnung als Totschlag. Schon hier sei angemerkt, dass nach dem Modell des AE-Leben der Fall gleichfalls nicht auf Anhieb angemessen einzuordnen wäre: Es läge Mord nach § 211 Abs. 1 vor; lebenslange Freiheitsstrafe nach Abs. 2 käme als Regelfall infrage, weil, wenn man der extensiven Auslegung des BGH folgt³³, Nr. 6 (Zweck sexueller

²⁴ Ansatzweise erörtert vom *Verf.* in: Loccumer Protokolle 2010 a.a.O.

²⁵ *Verf.*, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 223c StGB, 1965 S. 63 ff; *ders.*, NJW 1967, 278 ff; *ders.* JR 1984, 293 ff.

²⁶ Vgl. etwa das bekannte „Myom-Urteil“ BGH St 11, 111 ff, auch BGH St GS 10, 262, zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der Beachtlichkeit seiner Operationsverweigerung selbst in lebensbedrohlicher Lage; dagegen BGH St 32, 367 ff (Fall *Wittig*), wo der Arzt grundsätzlich als Garant zur Lebenserhaltung trotz entgegenstehender Erklärung der unheilbaren Suizidpatientin verpflichtet sein soll.

²⁷ Ebenso etwa *Kühl* a.a.O. Rn. 15 vor § 211; *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil II 6. Aufl. 2005 S. 54 f.

²⁸ Vgl. statt vieler: *Wessels/Hettinger* Strafrecht Besonderer Teil 1, 33. Aufl. 2009 § 1 Rn. 30, 37.

²⁹ BGH St Ur. v. 22.04.2005 – 2 StR 310/04, Beschl. v. 07.02.2007 – 2 StR 518/06 (= BGH St 50, 80 ff). Dazu *Verf.* StV 2007, 598 ff.

³⁰ Ebenso vor allem *Roxin* in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 23, ferner alle mir bekannt gewordenen mündlichen Einschätzungen von Kriminalwissenschaftlern und einigen erfahrenen forensischen Psychiatern.

³¹ LG Kassel Ur. v. 30.01.2004 – 2650 Js 36980/02; dazu *Verf.* 2007 a.a.O.

³² Z.B. *Verf.*, MschrKrim 2005, 412 ff.

³³ Zum Meinungsstreit Nachw. bei *Neumann* a.a.O. § 211 Rn. 12a mit Fn. 7.

Erregung) vorläge und wegen entsprechender Bereitschaft, solches Tun gegenüber Menschen mit gleichen Wünschen zu wiederholen, zugleich dem Maßstab des Leitprinzips der Bedrohung der Allgemeinheit entsprochen wäre; eine ausdrückliche Ausnahme für Tötungen in Willensübereinstimmung mit dem Opfer fehlt; man könnte wohl nur wegen der genannten außergewöhnlichen unrechtsmindernden Umstände die Regelwirkung der Erfüllung eines genannten erschwerenden Beispiels außer Kraft setzen.

III.

Nur auswahlhaft können wichtige Aspekte des mit dem AE-Leben vorgestellten Modells einer Neuordnung des Tötungsstrafrechts erörtert werden. Zustimmung und kritische Würdigungen bei manchen Details sind bereits in der Bestandsaufnahme unter II. angeklungen.

Hauptsächlich ist die vorgeschlagene Zweistufigkeit der Einteilung von Tötungsdelikten, die neue Architektur des Tötungsstrafrechts, diskussionsbedürftig. An die Stelle der bisherigen drei- bis vierstufigen Einteilung tritt eine Zweiteilung nach Mord und Totschlag mit einem gespreizten Strafraumen für Mord. Das Modell folgt ausländischen Vorbildern und Anregungen vor allem von *Eser*³⁴, indem es nur noch zwischen schwererem Tötungsunrecht – Mord nach § 211 – und weniger schwerem – Totschlag nach § 212 – unterscheidet. Dem Mord wird ein großer Teil dessen zugeordnet, was bisher als Mord oder als einfacher oder sogar privilegierter Totschlag erfasst wurde; so sollen „normale“ Affekt- und Konflikttötungen aus dem Bereich des bisherigen § 213 zu Mord hochgestuft werden. Der Strafraumen umfasst Freiheitsstrafe von fünf bis 15 Jahren oder das Lebenslang. Die Höchststrafe ist in § 211 Abs. 2 vorbehalten für qualifiziertes Tötungsunrecht; dieses ist im Regelfall anzunehmen, wenn abschließend benannte Merkmale erfüllt sind und „wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“ (Leitprinzip). Totschlag (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) liegt nur vor, wenn die vorsätzliche Tötung auf einer der beiden detailliert benannten erheblichen Konflikt- oder Affektlagen oder auf einer vergleichbaren Konfliktlage beruht. Der Vorschlag wird damit begründet, dass er kriminologisch fundiert sowie schuld- und präventionsorientiert zwischen schwerer und weniger schwerer vorsätzlicher Tötung differenziere. Es entspreche rechtsvergleichend einem internationalen Trend. Mord mit einem breiten Anwendungsfeld voranzustellen, werde zudem generalpräventiven Anliegen gerecht und werte den Lebensschutz auf.³⁵ Die Argumentation ruft manchen Widerspruch heraus:

Zwar trifft es zu, dass man kriminologisch-phänomenologisch eine weite Bandbreite vorsätzlicher Tötungen sowohl hinsichtlich der situativen Bedingungen und Begehungsmodi als auch hinsichtlich der Schwere von Unrecht und Schuld feststellen kann. Dabei lässt sich aber gerade nicht eine Zweiteilung von schwereren und weniger schweren Tötungen nach Verhaltensmustern oder Unterscheidungsmerkmalen erkennen. Schon gar nicht ergibt die phänomenologische Betrachtung, schwereres Tötungsunrecht (im Sinne des nunmehr als Mord Definierten) trete „mit signifikanter Häufigkeit auf“³⁶. Eher das Gegenteil dürfte der Wirklichkeit entsprechen. Weit über 90 % aller vorsätzlichen versuchten oder „vollendeten“ vorsätzlichen Tötungen finden im sozialen Nahraum einander bekannter Personen statt, und zwar ganz überwiegend in einer irgendwie konflikthaften Lage. Das dürfte besonders für das Dunkelfeld der üblicherweise nicht erkannten, jedenfalls nicht verfolgten Taten gelten, sich aber noch im Hellfeld des Verfolgten und amtlich Erfassten verifizieren lassen.³⁷

³⁴ *Eser* a.a.O.

³⁵ AE-Leben a.a.O. S. 205 f, 247.

³⁶ AE-Leben a.a.O. S. 225.

³⁷ Vgl. die Belege mit typischen Fallgruppen des als Tötungsunrecht oft schwer und sehr ungleich juristisch Definierbaren *Verf.* a.a.O. 1982 und 2002.

Kriminologisch-phänomenologisch läge also gerade nicht eine Zweiteilung, vielmehr wegen der enormen Streubreite und Vielfältigkeit vorsätzlicher Tötungen sowie wegen des deutlichen Übergewichts weniger schwerer vorsätzlicher Tötungen die Annahme eines Grunddelikts des Totschlags nahe, welches Aufstufungen nach höherem Schweregrad zu Mord mit der Höchststrafe und Abstufungen nach geringerem Schweregrad mit reduzierten Strafraumen vorsähe.

Dem Hinweis auf einen internationalen Trend ist entgegen zu halten, dass es in einzelnen Ländern unterschiedliche Traditionen und strafgesetzliche Rahmenbedingungen gibt, die einheitliche Unterscheidungen von Mord und Totschlag nur schwer ermöglichen. Wenn ein System beispielsweise eine breitere Palette des als Mord Definierten vorsieht aus Gründen des Gesellschaftsschutzes gegenüber rückfallgefährdeten Tätern, dann verfügt es zumeist nicht über die Möglichkeit unseres Systems der Zweispurigkeit, neben einer Strafe die Maßregel der Sicherungsverwahrung anzuordnen, um der Rückfallgefahr zu begegnen. Auch dürfte die vorgesehene Weite des Strafrahmens mit der Mindeststrafe von fünf Jahren für Mord selten in vergleichbaren Ländern zu finden sein; in Oesterreich etwa liegt die Untergrenze bei zehn Jahren.³⁸

Die generalpräventive Argumentation für einen breiten Bereich des als Mord Definierten passt zwar gut in die Zeit eines „punitive turn“. Es trifft zu, dass sich eine Abschaffung des Lebenslang oder eine Einengung des als Mord Erfassten politisch schwer durchsetzen lassen, solange noch die Neigung zu massenmedial unterstützter Verbrechensangst mit der Folge kriminalpolitischer Aufrüstung vorzuherrschen scheint. Die stete, weitgehend populistische Nachrüstung in dem Recht der Sicherungsverwahrung zeigt es. Gleichwohl müssen Wissenschaftler nüchtern urteilen und mäßigend auf solche Entwicklungen einzuwirken bestrebt sein. Das generalpräventive Argument für die Entwurfslösung ist vor allem aber in sich fragwürdig. Denn wie kann eine Hochstufung weiter Teile des bisher als Totschlag Erfassten zu Mord eine strafgesetzliche Höhererschätzung des Lebensgutes signalisieren, wenn zugleich der Strafraumen für Mord derart weit gestaltet wird, dass sich damit eher der Vorwurf einer Bagatellisierung assoziieren lässt?³⁹ Der vom AE-Leben zu recht gerügte „Quantensprung“ von der Rechtsfolge für Totschlag zu der des Mordes im bisherigen Recht⁴⁰ findet nun innerhalb des vorgeschlagenen § 211 statt, nämlich von einer zeitigen zur lebenslangen Freiheitsstrafe.⁴¹ „Nur“ fünf Jahre Mindeststrafe sind vorgesehen, also eine Untergrenze des Strafrahmens, die wir auch von anderen Straftatbeständen kennen. Derselbe Strafraumen für Mord im „Normalfall“ des § 211 Abs.1 des Entwurfs droht etwa dem, der Betäubungsmittel in nicht geringer Menge einführt oder mit ihnen Handel treibt (§ 30a BtMG), oder dem, der bei einem Raub eine Waffe verwendet (§ 250 Abs. 2 StGB).

Noch markanter zeigt sich die möglicherweise generalpräventiv ungünstige Signalwirkung der Weite des Strafrahmens, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die jeweils geltenden Mindestverbüßungszeiten für eine Strafrestaussetzung zur Bewährung bei Mord nach §§ 211 Abs. 1 und 2, 57a Abs. 1 des Entwurfs zwischen etwa drei und 20 Jahren lägen.

Die gewaltige Bandbreite des vom vorgeschlagenen § 211 mit Mord erfassten Unrechts hat zu alledem noch eine fragwürdige Folge für die Unverjährbarkeit von Mord. Die gesamte Palette der bislang teilweise lediglich als Totschlag nach §§ 212, 213 StGB und vom § 211 erfassten Tötungen soll nunmehr unverjährbar sein nach § 78 Abs.2 StGB.⁴² Das widerstreitet den Gesetzgebungsmotiven, namentlich für NS-Pogromtaten die Verjährung aufzuheben. Unverjährbarkeit stellte und stellt an sich schon eine rechtsstaatlich fragwürdige Ausnahme dar angesichts vor allem der zunehmend erschwerten Beweisführung und des Gedankens

³⁸ Vgl. die Übersicht bei *Heine* Ehrengabe für *Brauneck* a.a.O. S. 348 Fn. 116.

³⁹ Kritik daran auch von *Hirsch* in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 61, der eine Bildzeitungsschlagzeile prognostiziert: „Neue Reform des StGB – Fünf Jahre Freiheitsstrafe für Mord“.

⁴⁰ AE-Leben a.a.O. S. 208 f.

⁴¹ So auch kritisch *Neumann* a.a.O. Rn. 156a Vor § 211.

⁴² AE-Leben a.a.O. S. 267 f.

einer „zweiten Chance“, die ja auch in dem Grundsatz Niederschlag findet, dass schuldangemessen selbst bei lebenslanger Strafe nur eine zeitlich befristete Verbüßung vorgesehen ist. Dass aber mit sogar fünfjähriger Mindeststrafe versehene Tötungen unverjährbar sein sollen, ist unangemessen. Es würde überdies gegenwärtig virulente Forderungen laut werden lassen, dann zugleich andere Delikte – vor allem Sexualstraftaten und Kindesmisshandlung – mit fünfjährigen Mindeststrafandrohungen für unverjährbar zu erklären.

Der *Verf.* favorisiert wegen dieser Einwände nach wie vor die Struktur eines Grundtatbestandes des Totschlags (fünf bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) mit einer Aufstufung wegen Mordes in abschließend benannten Fällen, verbunden mit einer qualitativen Gesamtbewertung im Sinne vielleicht eines Leitprinzips (Höchststrafe) einerseits, der Möglichkeit, für wiederum beispielhaft benannte und mit einer Art Leitprinzip verbundene Fälle den Strafraumen abzustufen (ein Jahr bis 10 Jahre). Ein Grundtatbestand am Anfang erscheint kriminologisch und gleichfalls rechtsdogmatisch und systematisch besser fundiert. Will man aber aus guten Gründen mit dem AE-Leben an der generalpräventiv verstandenen Plakativwirkung eines Mordtatbestandes – gewissermaßen als „Flaggschiff“ des gesamten Strafgesetzbuches⁴³ oder jedenfalls der Tötungs-Straftatbestände – festhalten und dennoch den hier aufgezeigten kriminologischen, kriminalpolitischen und sanktionsrechtlichen Einwänden Rechnung tragen, so ließe sich an folgende Umschichtung im vorgeschlagenen Modell des AE-Leben denken: Ein neuer § 211 würde wegen Mordes mit lebenslanger Freiheitsstrafe diejenigen bedrohen, die einen anderen Menschen töten und dabei die in § 211 Abs. 2 des Entwurfs genannten Voraussetzungen erfüllen. § 212 würde in der Konsequenz den bisher in § 211 Abs. 1 des Entwurfs erfassten Fällen gelten. § 212 des Entwurfs würde zu einem neuen § 213.

Außer der vorgeschlagenen Grundstruktur des Tötungsstrafrechts verdient die Einführung des Leitprinzips im Entwurf des § 211 Abs. 2, mit den Zielen, die abschließend benannten Mordmerkmale besser auslegen und begrenzen zu können, kritischer Auseinandersetzung. Ein Leitprinzip hat sicher seinen Charme. Es verspricht als zweiter Prüfstein erhöhte Rechtssicherheit bei der Anwendung der Höchststrafe. Es erscheint im Entwurf des AE-Leben sogar unverzichtbar angesichts der dort vorgeschlagenen Mordmerkmale der Nummern 3-6; denn diese bedeuten im Gegensatz zu den Merkmalen der Nummern 1 und 2 gerade nicht eo ipso eine Gemeinschaftsbedrohlichkeit derart, dass eine Beliebigkeit der Auswahl des Opfers durch die Tötung indiziert wird. So würde etwa das bestimmte Menschen diskriminierende Motivmerkmal der Nr. 3 sonst zu übergroßer Anwendungsbreite führen. Ohnehin erscheint ein drastisch strafferhöhendes Merkmal diskriminierender Tatmotivation fragwürdig wegen meist vorherrschender Motivbündel mit in ihrer Wertigkeit durchaus diskrepanten Einzelmotiven. Bei Brandlegungen an Ausländerwohnheimen durch junge Tätergruppen beispielsweise nehmen manche junge Leute unreflektiert teil, bloß um zur Gruppe zu gehören, aus Feigheit, sich von der Gruppe zu distanzieren, mitunter auch, um stark zu erscheinen, oder vor allem aus Frustration gegenüber ihrer Lage am Rande der Gesellschaft, aber meist durchaus wissend um die Situation der Opfer als Ausländer.

Bedenken bestehen schon wegen der schwierigen Interpretation dieses Leitprinzips, wenn darin eine verschuldete „unrechtserhöhende Gemeinschaftsbedrohlichkeit“ liegen soll⁴⁴. Es dürfte schwer zu ermitteln sein, wann eine Tat lediglich diesem Opfer gelten sollte, darüber hinaus eine potenzielle Austauschbarkeit des Opfers signalisiert derart, dass auch jeder andere Bürger zum Opfer hätte werden können.

Ein weiteres Bedenken besteht, weil einer von drei bisher in § 211 StGB erfassten Erschwerungsgründe, eben die Gemeinschaftsgefährlichkeit, nicht indes die besondere Verwerflichkeit der Motivation oder die Heimlichkeit, Hinterhältigkeit, Skrupellosigkeit, zum

⁴³ Terminus von *Schneider* in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 55.

⁴⁴ AE-Leben a.a.O. S. 210 f.

alleinigen Maßstab erklärt wird. Damit wird vielleicht nicht unbedingt, wie ein Kritiker meint⁴⁵, wieder auf die gerade als obsolet erklärte Tätertypenlehre zurückgegriffen. Aber zumindest überschneidet sich der Gefährlichkeitsgesichtspunkt mit dem nämlichen, welcher der Maßregel der Sicherungsverwahrung zugrunde liegt. Sicherungsverwahrung aber sollte nach Ansicht des *Verf.* und vieler anderer bereits neben einer Strafe für Ersttäter schwerster Gewalttaten bei im Urteilszeitpunkt festzustellender Rückfallgefahr vorbehalten werden können.⁴⁶ Dies ist auch teilweise schon nach geltendem Recht möglich, sogar überflüssigerweise neben lebenslanger Strafe. Dann jedoch kommt der Gefährlichkeit keine besondere Funktion mehr im Tötungsstrafrecht zu.

Überdies fragt es sich, ob auf andere Leit-Kriterien für die Bestimmung erhöhten Tötungsunrechts ganz verzichtet werden kann. Heimtücke und „niedrige Beweggründe“ sollen gänzlich wegfallen. Damit wird der Anwendungsbereich des Lebenslang drastisch gegenüber dem bisherigen beschnitten. Das Lebenslang würde, wie ein Kritiker formuliert, zur „forensischen Rarität degenerieren“⁴⁷. Warum, so kann man sich fragen, sollte nicht beispielsweise der Täter mit der Höchststrafe belegt werden, der heimtückisch einen anderen Menschen tötet, weil er an diesem und eben nur diesem fürchterliche Rache in grausamster Form üben will, hernach aber vergeblich versucht, sich selbst das Leben zu nehmen. Schwerstes Unrecht liegt vor, aber keine Gemeinschaftsgefährlichkeit.

Man sollte daher überlegen, das genannte Leitkriterium zu ergänzen oder zu ersetzen durch dasjenige alternativer „besonderer Verwerflichkeit“. Ein solches Leitprinzip ließe es zu, Heimtücke wieder als Mordmerkmal vorzusehen und im Anwendungsbereich gebührend einzuschränken. Zwei alternative Ziele würden freilich die Einheitlichkeit und Stimmigkeit des Leitprinzips im AE-Leben stören.

Als letzter Aspekt kritischer Reflexion seien das Festhalten an der lebenslangen Freiheitsstrafe und die Bestimmung ihrer Mindestverbüßungszeiten im AE-Leben⁴⁸ gestreift. Zutreffend weisen die Autoren auf eine gegenwärtig fehlende Akzeptanz in Politik und Öffentlichkeit hin, würde man die Abschaffung dieser Strafe vorschlagen. Mehrheitlich haben sie sich pragmatisch für die Beibehaltung entschieden. Das wäre in einer früheren Zeit andersartiger gesellschaftspolitischer Gestimmtheit wohl nicht möglich gewesen. Die öffentliche Erklärung „Wider die lebenslange Freiheitsstrafe“ des Komitees für Grundrechte und Demokratie von 1992 war noch von 150 Experten unterzeichnet worden,⁴⁹ darunter Mitverfassern des jetzigen AE-Leben. *Verf.* hatte sich seinerzeit dem nicht angeschlossen, weil er eine dann konsequente Ausweitung alternativer Sicherungen für potenziell rückfällige Tötungstäter im Maßregelrecht befürchtete. Diese Ausweitung ist nun geschehen, ohne dass es zur Abschaffung des Lebenslang gekommen wäre. Sogar neben der Höchststrafe soll Sicherungsverwahrung unsinnigerweise angeordnet werden können. Das deutet auf eine realistische Einschätzung der Autoren. Aber müssen Kriminalwissenschaftler in Diskussionsmodellen pragmatisch argumentieren? Und wird ein solcher Vorschlag nicht um so eher angreifbar, wenn gleichzeitig zu verstehen gegeben wird, man wolle diese Strafe ähnlich pragmatisch durch „einen weitgehenden Verzicht auf die Vollstreckung“ verändern⁵⁰? Das bedeutet Wasser auf die Mühlen derer, die von „Lebenslang“ als einer Lüge sprechen. Es lässt Fragen nach der Rechtsnatur des „Sicherungsüberhangs“ einer aus Präventionsgründen über die unabdingbare Mindestzeit hinaus reichenden Verbüßung ungeklärt, beispielsweise

⁴⁵ Hirsch in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 61 f.

⁴⁶ *Verf./Bartsch* GA 2008, 655 ff; *dies.* 2009 a.a.O.

⁴⁷ *Schneider*, in: *Jahn/Nack* a.a.O. S. 55, 57.

⁴⁸ AE-Leben a.a.O. insb. S. 206-208, 254 ff.

⁴⁹ Dazu eingehend mit Nachw. *Weber* Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1999 S.21 ff; dazu kritisch *Verf.* FAZ Nr. 25 v.31.01.2000 S. 10.

⁵⁰ AE-Leben a.a.O. S. 207.

die Frage, ob die über das Schuldangemessene dauernde Haft wie Sicherungsverwahrung oder in der Sicherungsverwahrung zu vollstrecken sei mit dem dafür geltenden „Abstandsgebot“.⁵¹

Erörterungsbedürftig erscheinen damit zugleich die in § 57a des AE-Leben vorgeschlagenen Mindestverbüßungszeiten des Lebenslang, während der Verlagerung einer Entscheidung über diese Zeiten auf das erkennende Gericht und einer Beseitigung sonstiger Ungereimtheiten des § 57a StGB voll zuzustimmen ist.⁵² Für Mord nach § 211 Abs. 2 des Entwurfs wird zu recht grundsätzlich an der Mindestverbüßungszeit von 15 Jahren festgehalten. Lediglich für die lebenslangen Strafen mit den in § 211 Abs. 2 Nummern 1-3 des Entwurfs genannten Mordmerkmalen soll einheitlich eine Mindestdauer von zwanzig Jahren gelten. Das überzeugt nicht aus zwei Gründen: Erstens ist die Bandbreite der erfassten Morde zu groß, um einen generellen pauschalen Zuschlag von fünf Jahren zu rechtfertigen. Man denke an Massen- oder Serienmord einerseits, eine diskriminierende Einzeltat mit den oben genannten Bedenken gegen eine Beurteilung entsprechender Motive andererseits. Zumindest sollte dem erkennenden Gericht ein Spielraum verbleiben, die Mindestverbüßungszeit auszutarieren nach der Schwere der jeweiligen Tat. Zweitens erscheint der Zuschlag von fünf Jahren allenfalls für übliche Fälle von Einzelmorden angemessen. Massenmord wie den NS-Pogrom-Taten und Serienmord dürfte er nicht mehr gerecht werden. Hier sollte dem Gericht ein Zumessungsspielraum von zusätzlich bis zu mindestens 10, vielleicht sogar 15 Jahren über die übliche Mindestverbüßung hinaus zur Verfügung stehen. In seinem Rahmen ist individuell die Mindestverbüßungszeit festzulegen unter Berücksichtigung u.a. der Schuldschwere, der Zahl von Opfern, des Lebensalters des Täters. Warum sollte eine Mindestverbüßung von 25 Jahren für einen 30-jährigen Serienmörder mit insgesamt zehn Morden nicht mehr schuldangemessen und verkraftbar sein, wenn sich eine Entlassungsperspektive im Alter von 55 Jahren bietet?

Nach alledem ist der Vorschlag des AE-Leben eine für die Reformdiskussion wertvolle Grundlage. Er gibt fundiert Denkanstöße. Aber er wird nach Struktur- und einigen Detailvorschlägen noch gründlicher Diskussion und Modifikation bedürfen, um in die Gesetzgebung einfließen zu können.

⁵¹ Dazu *Verf.* Loccumer Protokolle 2010 a.a.O.

⁵² AE-Leben a.a.O. S. 254 ff.