

Anne Ahle

Der besonders schwere Fall des Totschlags



Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Ingo Saenger

Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 56

Anne Ahle

Der besonders schwere Fall des Totschlags



Nomos

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Heghmanns
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Stein
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 28.07.2020

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2020

ISBN 978-3-8487-7845-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2255-1a (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D6

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Jahr 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2020 berücksichtigt.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben viele Personen beigetragen, denen ich an dieser Stelle herzlich danken möchte.

Ganz besonders danke ich meinem Doktorvater, *Prof. Dr. Michael Heghmanns*, zum einen für die hervorragende Betreuung während der Promotion, zum anderen für fünf in juristischer sowie persönlicher Hinsicht sehr bereichernde Jahre an seinem Lehrstuhl. Die zahlreichen Diskussionen und das durchweg angenehme Miteinander am Lehrstuhl haben sowohl zu dem Entschluss, zu promovieren als auch zum Gelingen dieser Arbeit entscheidend beigetragen. Daher gilt mein Dank auch allen, die während dieser Zeit Teil des Lehrstuhlteams waren.

Prof. Dr. Ulrich Stein gebührt mein Dank für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die Aufnahme in die von ihnen herausgegebene Schriftenreihe danke ich *Prof. Dr. Michael Heghmanns*, *Prof. Dr. Fabian Wittreck* und *Prof. Dr. Ingo Saenger*.

Während der gesamten Zeit der Promotion konnte ich auf die ständige Diskussionsbereitschaft und hilfreichen Ratschläge von *Patricia Kitten* und *Laura Bernacki* zählen, denen ich hiermit von Herzen danke.

Schließlich danke ich meinem Mann, *Robert Ahle*, sowie meinen Eltern, *Werner und Ruth Gotzen*, für die bedingungslose, verständnis- und liebevolle Unterstützung nicht nur im Rahmen der Promotion, sondern während meiner gesamten Ausbildung. Ganz besonders danke ich meinem Vater, der das Manuskript dieser Arbeit unzählige Male durchgesehen hat und mit seinen Anmerkungen einen entscheidenden Beitrag zum erfolgreichen Abschluss der Promotion geleistet hat. Ihm und meiner Mutter ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	15
I. Problemstellung	15
II. Gang der Untersuchung	18
B. Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle und der Regelbeispielstechnik	20
I. Der besonders schwere Fall	20
II. Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle	23
1. Die erstmalige Einführung besonders schwerer Fälle in der Weimarer Zeit	23
2. Besonders schwere Fälle im Dritten Reich	25
3. Der Umgang mit den besonders schweren Fällen in der Nachkriegszeit	26
4. Das sechste Strafrechtsreformgesetz (6. StrRG)	28
III. Die Begriffe „Unrecht“ und „Schuld“	31
IV. Allgemeine Anforderungen an einen besonders schweren Fall	33
C. Die Genese des Totschlagstatbestands	40
I. Das römische Recht	40
II. Das germanische Recht	41
III. Das Mittelalter	42
IV. Die Regelungen der Carolina von 1532	43
V. Das gemeine Recht	45
1. Die Zeit bis <i>Carpzov</i> (1635)	46
2. Die Zeit von <i>Carpzov</i> bis <i>Böhmer</i> (1732)	46
3. Die Zeit von <i>Böhmer</i>	47
VI. Das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794	48
VII. Das bayerische StGB (bayStGB) von 1813	49
VIII. Das bayerische StGB (bayStGB) von 1861	50
IX. Die Regelungen der Moderne	51
1. Das Preußische StGB von 1851	51
2. Das StGB des Deutschen Reichs (RStGB) von 1871	52
3. Die Entwicklung seit dem Gesetz vom 04.09.1941	55

X. Zusammenfassung	59
D. Aus der Historie folgende Anhaltspunkte zur Konkretisierung des § 212 II StGB	60
I. Schwere Tötungsfälle, die nach geltendem Recht § 211 StGB unterfallen	61
II. Mögliche Anwendungsfälle des § 212 II StGB	65
1. Die verheimlichte Tötung	66
2. Die Differenzierung nach dem Tötungsopfer	66
a) Die Verwandtentötung	68
b) Die Tötung einer Person, der man zu Treue und Ehrerbietung verpflichtet ist	73
aa) Die Tötung unter Eheleuten	74
bb) Die Tötung sonstiger Personen, denen der Täter Treue und Ehrerbietung schuldet	83
c) Die Tötung höher gestellter bzw. besonders angesehener Personen	84
aa) Die Tötung von Politikern	84
bb) Die Tötung von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften	88
d) Die Tötung einer Schwangeren	94
e) Die Tötung konstitutionell wehrloser Personen	100
aa) Nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung konstitutionell wehrloser Personen	100
bb) Unrechts- und Schuldsteigerung im Fall der Tötung einer konstitutionell wehrlosen Person	110
cc) Verfassungsmäßigkeit des besonders schweren Falls der Tötung eines konstitutionell wehrlosen Opfers	118
dd) Ergebnis	120
f) Zwischenfazit	120
3. Die überlegte Tötung	120
a) Unrechts- und Schuldsteigerung bei überlegtem Handeln?	121
aa) Besonders nachhaltige Infragestellung der Rechtsordnung?	123
bb) Besonders gefährlicher Täter?	126
cc) Das Fehlen eines Affekts als entscheidendes Kriterium	129
dd) Überlegung und Vorsatz	131

ee) Überlegung und Unrechtsbewusstsein	133
ff) Zwischenergebnis	136
gg) Weitere Bedenken gegen ein Regelbeispiel der überlegten Tötung	139
hh) Ergebnis	142
b) Die vorbedachte bzw. geplante Tötung	144
4. Die Tötung durch einen Rückfalltäter	146
a) Unrechts- und Schuldsteigerung	150
b) Regelmäßig zu erwartende Schuldminderungen und sonstige gegen ein an den Rückfall anknüpfendes Regelbeispiel sprechende Erwägungen	159
c) Zwischenergebnis	162
5. Die Banden- bzw. Banditentötung bzw. die verabredete Tötung durch mehrere Personen	163
a) Unrechtssteigerung bei bandenmäßiger Tatbegehung?	164
b) Schmalere Anwendungsbereich eines Regelbeispiels der bandenmäßigen Tötung	180
c) Ergebnis	182
6. Die Tötung unter Missbrauch des Züchtigungsrechts	183
7. Die Tötung mit Tötungsabsicht	185
a) Kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot	186
b) Unrechts- und Schuldsteigerung bei absichtlicher Tötung?	189
c) Ergebnis	194
8. Die Mehrfachötung	194
a) Der Begriff der Mehrfachötung	195
b) Unrechts- und Schuldsteigerung im Falle einer Mehrfachötung	196
c) Erfassung nur tateinheitlicher Tötungen?	198
d) Sonstige für und gegen die Mehrfachötung als besonders schwerer Totschlag sprechende Erwägungen	201
III. Zwischenergebnis	211
E. § 212 II StGB in der Praxis	212
I. Anwendungshäufigkeit des § 212 II StGB	212

II. Für eine Konkretisierung des § 212 II StGB ungeeignete Entscheidungen	215
1. Unklarheiten bezüglich des Sachverhalts oder der tragenden Strafzumessungserwägungen	215
2. Einzelfallentscheidungen	217
3. Anknüpfung an überwundene dogmatische Konzepte	219
III. § 212 II StGB annehmende Entscheidungen	221
1. Fälle, die einem der vorgeschlagenen Regelbeispiele unterfielen	221
a) Tötung unter Verletzung einer Garantenpflicht für das Leben des Opfers	221
b) Tötung einer konstitutionell wehrlosen Person	222
c) Tateinheitliche Tötung mehrerer Personen	224
d) Zwischenergebnis	225
2. Gemeinsamkeiten bzw. Auffälligkeiten der ausgewerteten Fälle	225
a) Tötung im Zusammenhang mit einem anderen individualschützenden Delikt	225
b) Besonders intensive Tatausführung	226
c) Nähe zu Mordmerkmalen	227
d) Sonstige besondere Tatumstände und -folgen	227
IV. § 212 II StGB ablehnende Urteile	228
1. Fälle, die einem der vorgeschlagenen Regelbeispiel unterfielen	228
a) Tötung unter Verletzung einer Garantenpflicht für das Leben des Opfers	228
b) Tötung einer konstitutionell wehrlosen Person	230
c) Tateinheitliche Tötung mehrerer Personen	230
d) Zwischenergebnis	231
2. Gemeinsamkeiten bzw. Auffälligkeiten der § 212 II StGB ablehnenden Entscheidungen	231
a) Nähe zu Mordmerkmalen	232
b) Besonders intensive Tatausführung	233
c) Tatort	234
d) Tötung im Zusammenhang mit einem anderen individualschützenden Delikt	234
e) Besonderes Nachtatverhalten	234
f) Gewalttätigkeit gegenüber dem Opfer im Vorfeld der Tat	235

V. Aus der Auswertung gewonnene Konkretisierungsansätze	236
1. Nähe zu Mordmerkmalen	236
a) Präzisierung anhand der Rechtsprechung	237
b) <i>Momsens</i> Präzisierungsvorschlag	247
2. Besonders intensive Tatausführung	254
a) Hinrichtungähnliche Tat	255
b) Vielzahl von Verletzungshandlungen	263
3. Tötung in einem Raum, in dem sich das Opfer besonders sicher fühlte	266
4. Tötung im Beisein einer anderen Person	269
5. Tötungen, durch die eine Familie zerrissen wird	271
6. Besonderes Nachtatverhalten	272
7. Gewalttätigkeit gegenüber dem Opfer im Vorfeld der Tat	273
8. Ergebnis	276
F. Die Verfassungsmäßigkeit des heutigen § 212 II StGB	277
I. Der Beschluss des Vorprüfungsausschusses des Bundesverfassungsgerichts	277
II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen und deren Funktion gemäß Art. 103 II GG	278
1. Rechtsprechung und herrschende Lehre	278
2. Andere Stimmen in der Literatur	280
III. Die verfehlte Begründung des Bundesverfassungsgerichts	281
IV. Bestimmtheit infolge der Rechtsprechung?	291
V. Zusammenfassung und Ergebnis	300
VI. Ersatzlose Streichung des § 212 II StGB?	303
G. Reformvorschlag und Fazit	308
Anhang	312
Literaturverzeichnis	345

A. Einführung

I. Problemstellung

„Es ist eine historisch seltsame Tatsache, daß man Mord und Totschlag seit einhalb Jahrtausenden unterscheidet, [...] aber im Grunde genommen nie gewußt hat, wo die Grenze wirklich verläuft.“¹ Diese Unsicherheit betrifft den besonders schweren Fall des Totschlags nach § 212 II StGB in besonderem Maße. Systematisch gehört er zum Totschlagstatbestand. Die angedrohte Rechtsfolge – die lebenslange Freiheitsstrafe – ist jedoch die gleiche wie beim Mord. Welche Fälle er erfasst, ist auf den ersten Blick unklar. § 212 II StGB beinhaltet als unbenannter besonders schwerer Fall keinerlei Konkretisierungen. Stellt man sich eine Landkarte vor, so liegt der besonders schwere Totschlag mitten im Grenzgebiet zwischen zwei Ländern. Auf der einen Seite grenzt er an den Totschlag, auf der anderen an den Mord. Der Verlauf der Grenze ist ungewiss. Der Gesetzgeber, dem die schwierige Aufgabe der Grenzziehung obliegt, enthält sich jeglicher Festlegung. Damit liegt die Festlegung des Verlaufs der Grenze zwischen Mord, Totschlag und besonders schwerem Totschlag und damit die Entscheidung über die Voraussetzungen der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in der alleinigen Verantwortung der entscheidenden Gerichte.

Diese wenden § 212 II StGB nur äußerst selten an.² Von 1945 bis 1975 basierten beispielsweise nur 1,6 % aller Urteile zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe auf einer Verurteilung wegen Totschlags in einem besonders schweren Fall.³ Über die Ursachen dieser zu vernachlässigenden praktischen Relevanz des besonders schweren Falls des Totschlags kann nur spekuliert werden. Ein wichtiger – wenn nicht gar der zentrale – Grund dürfte in der für die Gerichte schwierigen Begründbarkeit des besonders schweren Totschlags zu sehen sein. Der zu entscheidende Fall darf zum einen keines der in § 211 StGB enthaltenen und im Einzelnen in ihrer Aus-

1 *Eb. Schmidt*, Niederschriften, Bd. 7, S. 32.

2 AE Leben, GA 2008, 193 (196); *Arzt*, Tötungsdelikte, S. 51; *Eser*, 53. DJT, D 36, 52; *Jeschek/Triffterer-Arzt*, S. 144 f., 154; *Köhne*, Jura 2011, 741 (741); *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1, § 2 Rn. 21; *Momsen*, NStZ 1998, 487 (487); *Weiß*, S. 311. Empirische Daten zu den Verurteilungen nach § 212 II StGB von 1991 bis 2012 liefert *Kinzig*, *ForensPsychiatrPsychol Kriminol* 2015, 198 (203).

3 *Kaiser*, § 93 Rn. 6.

legung teilweise umstrittenen Mordmerkmale verwirklichen. Zum anderen muss der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat dem des Mordes vergleichbar sein, da nur dann die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe angemessen ist. All diese Wertungen muss das Gericht vollziehen, ohne dafür vom Gesetzgeber eine Richtschnur an die Hand bekommen zu haben. Die damit verbundene Unsicherheit⁴ sowie die spätestens seit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe⁵ wohl vorherrschende Neigung der Gerichte, die Höchststrafe zu vermeiden, dürften die seltene Anwendung des § 212 II StGB erklären. Daher könnte eine um Regelbeispiele des besonders schweren Totschlags ergänzte Fassung des § 212 II StGB diesem wohl zu einer häufigeren Anwendung verhelfen. Solche Regelbeispiele zu finden und damit den Grenzverlauf zwischen Mord, Totschlag und besonders schwerem Totschlag abzustecken, ist das Ziel dieser Arbeit.

Darüber hinaus ist § 212 II StGB Teil eines seit langem als reformbedürftig angesehenen Regelungskomplexes. Bereits seit Jahrzehnten herrscht Einigkeit über die Notwendigkeit einer Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte.⁶ Dennoch bleibt die Reform trotz der 2015 eingesetzten Expertenkommission aus. Im Rahmen der Reformdiskussion spielt § 212 II StGB allenfalls eine zu vernachlässigende Rolle. Auch im Übrigen erfährt der besonders schwere Totschlag in der Literatur wenig Aufmerksamkeit.

Vor diesem Hintergrund mag man bezweifeln, ob sich die eingehende Beschäftigung mit einer praktisch nahezu bedeutungslosen Norm, die in ihrer gegenwärtigen Fassung womöglich ohnehin nicht mehr lange besteht, lohnt. Wie lange die allseits als erforderlich angesehene Reform noch auf sich warten lässt, ist jedoch nicht absehbar. Nach Jahrzehnten der Reformdiskussionen vermochte es weder ein Juristentag zum Thema der

4 Diese ordnet auch *Arzt*, Tötungsdelikte, S. 53 als zentralen Grund für die seltene Anwendung des § 212 II StGB ein. Ebenso äußerte sich *Meyer-Götsner* bezüglich der Anwendung unbenannter besonders schwerer Fälle im Allgemeinen anlässlich der Marburger Strafrechtsgespräche 1997, Tagungsbericht bei *Dietmeier*, ZStW 110 (1998), 398 (409).

5 BVerfGE 45, 187.

6 Vgl. statt vieler nur BVerfGE 45, 187 (269); Abschlussbericht, S. 10 f.; AE Leben, GA 2008, 193 (195); *Eser*, 53. DJT, D 34; *ders.*, FS Kargl, 91 (97); *Grünwald*, JA 2012, 401 (401) m.w.N.; *Hörnle*, FS Frisch, 653 (667); *Köhne*, ZRP 2014, 21 (21, 24); *Lackner*, 53. DJT, M 25, 41; *Mandla*, FS Rössner, 845 (850); *Morris*, S. 19; *NK-Neumann*, Vorb. § 211, Rn. 169; RefE Tötungsdelikte, S. 1; *Walter*, NStZ 2014, 368 (368); *Wolf*, FS Schreiber, 519 (519 f., 532).

Neuregelung der Tötungsdelikte 1980⁷ noch die 2014 eingesetzte Expertenkommission, die gesetzgeberische Untätigkeit zu durchbrechen. Derzeit gibt es keinerlei Anlass, auf eine zeitnahe umfassende Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte zu hoffen. Aus diesem Grund wird man sich vorerst mit dem geltenden Recht arrangieren müssen. Bemühungen um eine Verbesserung der *lex lata* und eine punktuelle Reform zur Verbesserung einzelner Regelungen sind daher immerhin „besser als nichts“. Gleichwohl ist an der Forderung einer Gesamtrevision und -reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte unbedingt festzuhalten.

Sollte der Gesetzgeber sich doch noch zu einer Reform durchringen, dürfte jede Anregung aus der Wissenschaft wertvoll sein. Dies gilt in besonderer Weise für solche Reformvorschläge, die eine gesetzliche Kodifikation der höchststrafwürdigen Tötungsfälle anstreben, sprach sich doch die Expertenkommission mehrheitlich für ein Festhalten am kasuistischen Regelungsmodell aus.⁸ Ein um einen Katalog von Regelbeispielen ergänzter § 212 II StGB fügt sich mithin gut in das geltende Recht ein und dürfte auch bei einer am kasuistischen Regelungsmodell festhaltenden Reform des § 211 StGB für keine systematischen Brüche sorgen. Sollte der Mordtatbestand tatsächlich auch im reformierten Recht kasuistisch ausgeformt werden, rückt zudem die Frage in den Fokus, ob das geltende Recht alle höchststrafwürdigen Fälle als solche benennt oder ob in dieser Hinsicht Lücken bestehen. Daher könnten etwaige Regelbeispiele eines besonders schweren Totschlags selbst dann für die Reformbemühungen relevant werden, wenn die Reform eine Streichung des besonders schweren Falls des Totschlags vorsieht. In diesem Fall könnten die Regelbeispiele unter Umständen in einem künftigen Katalog höchststrafwürdiger Tötungen integriert werden.

Die allseits konsentiertere Reformbedürftigkeit steht einer Befassung mit § 212 II StGB somit nicht entgegen. Eine umfassende Betrachtung und Konturierung des besonders schweren Falls des Totschlags ist vielmehr sogar gerade wegen der anhaltenden Reformbestrebungen lohnenswert.

7 Vgl. dazu nur das umfassende Gutachten von *Eser*, 53. DJT, D 19-201 mit dem Titel „Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindes-tötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?“.

8 Abschlussbericht, S. 24.

II. Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund unternimmt diese Arbeit den Versuch, anhand der historischen Entwicklung und der bisher zu § 212 II StGB ergangenen (zugänglichen) Entscheidungen Regelbeispiele zur Konkretisierung des besonders schweren Totschlags zu finden. Angestrebt wird mithin ein Reformvorschlag für eine präzisere Regelung allein des § 212 II StGB. Ein umfassender Reformvorschlag zur Neuregelung der vorsätzlichen Tötungsdelikte soll nicht erarbeitet werden.

Dafür werden zunächst die Charakteristika eines besonders schweren Falls sowie die historische Entwicklung der Regelbeispielstechnik dargestellt. Im Folgenden wird herausgearbeitet, welche allgemeinen Anforderungen jeder besonders schwere Fall zu erfüllen hat. Aus Raumgründen kann auf die Legitimität und Verfassungsmäßigkeit der Regelbeispielstechnik als solcher nicht eingegangen werden.⁹ Ebenso wenig kann der Frage, ob anstelle von Regelbeispielen Qualifikationstatbestände geschaffen werden sollten,¹⁰ nachgegangen werden. Anschließend wird die Genese der vorsätzlichen Tötungstatbestände erörtert. Ziel der historischen Betrachtung ist das Auffinden von Tötungsfällen, die in der Vergangenheit schärfer bestraft wurden, heute aber nicht § 211 StGB unterfallen. Diese Fälle sollen sodann als mögliche Regelbeispiele eines besonders schweren Totschlags diskutiert werden. Darauf folgt eine Auswertung der bislang zu § 212 II StGB ergangenen (veröffentlichten) Entscheidungen. Diese werden auf Gemeinsamkeiten untersucht, um so etwaige Fallgruppen eines besonders schweren Totschlags zu identifizieren, die in Form von Regelbeispielen kodifiziert werden könnten. Schließlich wird untersucht, ob § 212 II StGB aufgrund mangelnder Bestimmtheit verfassungswidrig ist. Dabei wird insbesondere die zu dieser Frage ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kritisch gewürdigt. Abschließend wird eine Abschaffung des § 212 II StGB erörtert sowie ein Reformvorschlag unterbreitet.

9 Vgl. dazu nur *Calliess*, NJW 1998, 929 (930, 932 ff.); *Eisele*, S. 383-406; *Hettinger*, FS Paeffgen, 267 (274-278); *Hirsch*, FS Gössel, 287 (292-298, 302); *ders.*, FS Rissing-van Saan, 219 (220); *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (439 f.); *Matthies*, S. 51-58 jeweils m.w.N.

10 Vgl. dazu etwa *Eisele*, S. 409-412; *Sauer*, GA 1955, 232 (234). Zur Frage, ob Mordmerkmale bzw. die Voraussetzungen einer höchststrafwürdigen Tötung als tatbestandliche Abstufungen oder Regelbeispiele ausgestaltet werden sollten vgl. etwa *Rissing-van Saan*, Abschlussbericht, S. 734-737; *Saliger* ZIS 2015, 600 (603).

Im Rahmen dieser Arbeit wird der Mord nicht als Delikt sui generis, sondern als Qualifikation des § 212 I StGB, d.h. als besonders schwerwiegende Form des Totschlags, eingeordnet.¹¹ Nur unter dieser Prämisse erscheint es methodisch möglich, auch auf im Rahmen der Reformdiskussionen erwogene künftige Mordmerkmale einzugehen und aus diesen Diskussionsbeiträgen Rückschlüsse hinsichtlich möglicher Regelbeispiele des besonders schweren Totschlags zu ziehen.

Darüber hinaus soll die Rechtsfolgenseite des § 212 II StGB nicht betrachtet werden. Die Verfassungsmäßigkeit der absoluten Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe wird vielmehr dem Bundesverfassungsgericht folgend¹² unterstellt. Außerdem werden das derzeitige dreistufige Regelungskonzept sowie die §§ 211 ff. StGB in ihrer gegenwärtigen Fassung zugrunde gelegt.¹³

11 So bereits *Schröder*, Materialien, Bd. 1, 283 (284): „Mord“ sind die schwersten Fälle des Totschlags; es sind reine Strafzumessungs- und Wertungsgründe, die sie voneinander trennen, und im Prinzip kommen alle qualifizierenden Umstände dafür in Betracht, einen Totschlag zum Mord zu machen.“

12 BVerfGE 45, 187 (222).

13 Zu alternativen Regelungsmodellen und Reformvorschlägen vgl. statt vieler Abschlussbericht, S. 7-10, 193-356; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 (11-17); *Eser*, 53. DJT, D 74-85, 114f.; *ders.*, FS Kargl, 91 (97-108); *Köhne*, ZRP 2014, 21 (22 ff.).

B. Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle und der Regelbeispielstechnik

Vor der Formulierung von Regelbeispielen müssen die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden besonders schweren Falls festgelegt werden. Diesen muss jeder zu formulierende benannte besonders schwere Fall genügen. Im Folgenden soll daher untersucht werden, wann ein Fall als besonders schwer zu klassifizieren ist, was also die Tatschwere abstrakt ausmacht. Setzt ein besonders schwerer Fall etwa eine kumulative Steigerung von Unrecht und Schuld voraus oder genügt bereits eine alternative Steigerung alleine des Unrechts oder der Schuld? Um dies herauszufinden, soll die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle bzw. der Regelbeispielstechnik nachvollzogen werden. Zuvor werden kurz die allgemeinen Charakteristika eines besonders schweren Falls dargestellt.

I. Der besonders schwere Fall

§ 212 II StGB normiert den besonders schweren Fall des Totschlags, ohne diesen näher zu präzisieren. Eine solche Konkretisierung hätte durch die Normierung von Regelbeispielen – wie sie etwa § 243 I 2 StGB für den besonders schweren Diebstahl enthält – erfolgen können. Mittels dieser Regelbeispielstechnik sollen besonders strafwürdige Fallgestaltungen beispielhaft umschrieben werden. Die Rechtsnatur der besonders schweren Fälle ist umstritten.¹⁴ Überwiegend werden sie als Strafzumessungsregeln eingeordnet.¹⁵ Dieses Verständnis wird im Folgenden zugrunde gelegt.

14 Vgl. dazu etwa *Calliess*, JZ 1975, 112 (112 ff.); *ders.*, NJW 1998, 929 (930 ff.); *Degen*, FS Stree/Wessels, 305 (314 ff.); *Eisele*, S. 144-190; *ders.*, JA 2006, 309 (311 f.); *Gössel*, FS Hirsch, 183 (192 ff., 197 ff.); *Horn*, S. 18-26; *Hub*, S. 12-35; *Maiwald*, FS Gallas, 137 (148 ff., 159); *Nesemann*, S. 26 f.; *Wahle*, S. 16-23, 40; *Wessels*, FS Maurach, 295 (297 ff.).

15 BGHSt 2, 181 (183); 4, 226 (227 f.); 23, 254 (256 f.); 33, 370 (373); *Braunsteffer*, S. 36; *Fischer*, § 46 Rn. 84; *Hirsch*, ZStW 84 (1972), 380 (386); *Horn*, S. 26; *Jescheck/Weigend*, S. 270 f.; *Kastenbauer*, S. 175; *Lackner/Kühl*, § 46 Rn. 7, 11; *LK-Theune*, Vor § 46-50 Rn. 18; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 62 Rn. 51; *Sch/Sch-Stree/Kinzig*, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 47; *Wessels*, FS Lackner, 423 (425 f.); *Zieschang*, Jura 1999, 561 (563); *Zipf*, Strafzumessung, S. 15.

Hat der Gesetzgeber neben der höheren Strafandrohung für den besonders schweren Fall eines Delikts wie etwa in § 243 I 2 StGB beispielhaft Konstellationen umschrieben, in denen er eine höhere Strafe für angezeigt hält, den besonders schweren Fall also mit Regelbeispielen versehen, spricht man von einem benannten besonders schweren Fall.¹⁶ Wurden wie bei dem besonders schweren Fall des Totschlags (§ 212 II StGB) keine Regelbeispiele normiert, liegt ein unbenannter besonders schwerer Fall vor.¹⁷

Anders als Qualifikationen sind Regelbeispiele der herrschen Meinung zufolge weder abschließender noch zwingender Natur.¹⁸ Die Verwirklichung eines Regelbeispiels indiziert vielmehr lediglich die Anwendbarkeit des Sonderstrafrahmens.¹⁹ Regelbeispiele enthalten mithin eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von Umständen, die die gegenüber dem Normalstrafrahmen höhere Strafe rechtfertigen.²⁰ Diese Vermutung kann jedoch aufgrund besonderer strafmildernder Einzelfallumstände vom Richter widerlegt werden, sodass trotz der Verwirklichung eines Regelbeispiels eine Strafe aus dem Regelstrafrahmen verhängt werden kann.²¹ Sofern die vom Richter vorzunehmende Gesamtbewertung von Tat und Täter²² ergibt, dass die Tat sich ihrem Gesamtbild wie ihrem Schweregrad nach nicht mehr wesentlich vom erfahrungsgemäß vorkommenden Durchschnittsfall des jeweiligen Delikts unterscheidet,²³ ist die Strafe so-

16 *Fischer*, § 46 Rn. 90.

17 *Matthies*, S. 5; *Meier*, S. 175.

18 *Wessels*, FS Lackner, 423 (426); *Zieschang*, Jura 1999, 561 (562).

19 BGH NStZ-RR 1997, 121; *Eisele*, S. 197; *Jescheck/Weigend*, S. 271; *Lackner/Kühl*, § 46 Rn. 13; *Wessels*, FS Lackner, 423 (428).

20 *MüKo-Miebach/Maier*, § 46 Rn. 111.

21 BGHSt 33, 370 (375); *Eisele*, JA 2006, 309 (310); *Lackner/Kühl*, § 46 Rn. 13; *MüKo-Miebach/Maier*, § 46 Rn. 112; *Sch/Sch-Stree/Kinzig*, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 48; *Zieschang*, Jura 1999, 561 (562). *Kindhäuser*, FS Triffterer, 123 (128) zufolge soll die Indizwirkung des Regelbeispiels nur unter Bezugnahme auf den Schutzzweck des jeweiligen Regelbeispiels entkräftet werden können; andere, den Schutzzweck nicht tangierende Aspekte, seien nicht zu berücksichtigen. *Sarstedt*, 41. DJT, D 50 lehnt die Möglichkeit der Entkräftigung der Indizwirkung insgesamt ab.

22 BGH Beschl. v. 28.05.2015 – 2 StR 23/15; *MüKo-Miebach/Maier*, § 46 Rn. 112; *S/S/W-Eschelbach*, § 46 Rn. 67; *Wessels*, FS Maurach, 423 (428 f., 432).

23 BGHSt 20, 121 (125); *Bruns*, S. 51; *Sch/Sch-Stree/Kinzig*, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 48 m.w.N. Kritisch zur vom Richter vorzunehmenden Gesamtbetrachtung etwa *Eisele*, S. 207 ff.; *Kaulfuß*, S. 53 ff. SK-Horn/Wolters, § 46 Rn. 68 lehnen die Möglichkeit, die Strafe trotz der Erfüllung des Regelbeispiels dem Regelstrafrahmen zu entnehmen, gänzlich ab, sofern kein Zusammentreffen von besonders und minder schwerem Fall vorliegt.

mit trotz des Vorliegens des Regelbeispiels dem Normalstrafrahmen zu entnehmen.

Auf die schärfere Strafe kann jedoch auch dann erkannt werden, wenn kein Regelbeispiel erfüllt ist, aus der Sicht des Richters also ein atypischer besonders schwerer Fall gegeben ist.²⁴ Zur Beantwortung der Frage, ob ein solcher nicht normierter besonders schwerer Fall vorliegt, sind nach herrschender Auffassung nicht nur den benannten besonders schweren Fällen ähnliche oder vergleichbare Umstände heranzuziehen, sondern sämtliche Umstände, die der Tat einen gleichwertigen Unrechts- und Schuldgehalt verleihen wie den in den Regelbeispielen umschriebenen Taten.²⁵ Den Regelbeispielen kommt bei der Suche nach atypischen besonders schweren Fällen eine sog. Analogiewirkung zu, hinsichtlich derer zwischen einer engen und einer weiten Analogiewirkung differenziert wird. Die enge Analogiewirkung²⁶ entfaltet ein Regelbeispiel, wenn der Fall dem benannten besonders schweren Fall ähnlich ist und einen vergleichbaren Schweregrad aufweist. Dem Regelbeispiel kommt hier bei der Begründung eines nicht normierten, atypischen besonders schweren Falls maßstabbildende Bedeutung zu.²⁷ Fällt der Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat trotz Ähnlichkeit mit einem benannten besonders schweren Fall geringer aus, etwa weil ein Merkmal des Regelbeispiels nicht erfüllt ist, entfaltet das Regelbeispiel eine Gegenschlusswirkung dergestalt, dass hier kein atypischer besonders schwerer Fall angenommen werden kann.²⁸ Bei der weiten Analogiewirkung der Regelbeispiele hingegen weist der Fall keine Ähnlichkeit mit einem normierten Regelbeispiel auf, sondern steht diesem nur im Unrechts- und Schuldgehalt gleich.²⁹

24 BGHSt 28, 318 (320); *Eisele*, JA 2006, 309 (310); Lackner/Kühl-Kühl, § 46 Rn. 14; Sch/Sch-Stree/Kinzig, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 50; Wessels, FS Lackner, 423 (429). Zur Kritik der Möglichkeit, einen sonstigen, unbenannten besonders schweren Fall annehmen zu können, vgl. ausführlich *Kauffuß*, S 33-36, 39 ff. Kritisch zu diesem „Erfindungsrecht“ des Normanwenders“ ebenfalls *Stäbchelin*, StV 1998, 98 (102).

25 Vgl. dazu statt vieler *Eisele*, S. 201 f., 205 f. m.w.N.

26 *Eisele*, S. 203 f.; *Matthies*, S. 89. Zur Kritik an der engen Analogiewirkung vgl. *Arzt*, JuS 1972, 515 (516); *Matthies*, S. 90 ff. m.w.N.; NK-Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 73 f.

27 BT-Drs. 13/7164, S. 42; BGHSt 28, 318 (319 f.); *Eisele*, JA 2006, 309 (310); *Kindhäuser*, FS Triffterer, 123 (128); *Lackner/Kühl*, § 46 Rn. 14; *MüKo-Miebach/Maier*, § 46 Rn. 114; *SK-Horn/Wolters*, § 46 Rn. 66.

28 Zu dieser Gegenschlusswirkung m.w.N. *Eisele*, S. 205, 232.

29 *Eisele*, S. 205; *Matthies*, S. 89.

II. Die historische Entwicklung der besonders schweren Fälle

Die Rechtsfigur des besonders schweren Falls war dem Kernstrafrecht lange fremd. Die mit den besonders schweren Fällen einhergehende Gesetzgebungstechnik der Regelbeispiele verbreitete sich jedoch so schnell, dass ihr ein „beispiellose[r] Siegeszug“³⁰ bescheinigt wird.

1. Die erstmalige Einführung besonders schwerer Fälle in der Weimarer Zeit

Besonders schwere Fälle fanden sich anfangs zunächst im Nebenstrafrecht, etwa in § 137 des Militärstrafgesetzbuchs von 1872.³¹ 1919 bediente man sich auch in Strafbestimmungen bestimmter Verordnungen dieser Rechtsfigur.³² Erst sieben Jahre später wurde durch Gesetz vom 30.04.1926 der erste (unbenannte) besonders schwere Fall im Rahmen des § 210a in das StGB aufgenommen.³³ Mit diesen allesamt unbenannten und daher flexibel einsetzbaren besonders schweren Fällen wollte der Gesetzgeber ermöglichen, gesellschaftliche Probleme mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen.³⁴ 1920 fand der erste mit Regelbeispielen versehene besonders schwere Fall Eingang in das dem Nebenstrafrecht zuzuordnende Gesetz über die Verschärfung der Strafen gegen Schleichhandel, Preistreiberei und verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände.³⁵

Zuvor vertraute man den Gedanken der Aufklärung entsprechend³⁶ auf kasuistisch und rein deskriptiv gefasste Qualifikationstatbestände, bei denen allein der Strafrahmen dem Richter genügend Möglichkeiten bieten

30 *Maiwald*, NStZ 1984, 433 (438).

31 *Bayerwaltes*, S. 10.

32 So enthielt z.B. die WuchergerichtsVO v. 27.04.1919 (RGBl. I, 1912) besonders schwere Fälle. Eine umfassende Auflistung besonders schwerer Fälle im Nebenstrafrecht in der vornationalsozialistischen Zeit findet sich bei *Nesemann*, S. 7 f.

33 RGBl. I, 201; dazu *Kaulfuß*, S. 6.

34 RGSt 58, 240 (242) („Anstoß zu der Strafvorschrift des § 6 [der Verordnung zur Sicherstellung des Warenverkehrs] haben die Unruhen des Herbstes 1923 gegeben; sie wiesen auf die Notwendigkeit einer Verstärkung des Strafrechtsschutzes [...] hin.“); *Eisele*, S. 88 f., 105 f.; *Horn*, S. 6 f.; *Wahle*, S. 11. Zur damaligen Kritik an der Verwendung unbenannter besonders schwerer Fälle vgl. *Matthies*, S. 26 f. m.w.N.

35 RGBl. I, 2107.

36 *Matthies*, S. 7 f.; *Milletat*, S. 4.

sollte, auf jeden Einzelfall angemessen zu reagieren.³⁷ Dieses kasuistisch formulierte Strafrecht geriet jedoch mehr und mehr in die Kritik. Beklagt wurden Strafbarkeitslücken und ungerechte Ergebnisse im Einzelfall.³⁸ Die Reformbestrebungen dieser Zeit gingen angesichts der Unzufriedenheit mit dem geltenden Recht dahin, flexiblere Strafänderungsregelungen einzuführen. So enthielt bereits der Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs von 1909 (VE 1909) im Besonderen Teil viele besonders schwere Fälle, denen in § 84 II VE 1909 im Allgemeinen Teil eine Legaldefinition des besonders schweren Falls vorangestellt wurde. An der Normierung von Strafschärfungsgründen in Form von besonders schweren Fällen wurde in allen folgenden Reformvorschlägen festgehalten.³⁹ Nach § 84 II VE 1909 lag ein besonders schwerer Fall vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint.⁴⁰ Die Verfasser des Vorentwurfs gingen davon aus, „daß, wenn entweder nur nach der subjektiven oder nur nach der objektiven Seite hin die Tat an Schweren sich nicht über das Maß des Gewöhnlichen erhebt, ein Anlaß zu besonderer Schärfung der Strafdrohung nicht gegeben ist, wohl aber, wenn beides zusammentrifft.“⁴¹

Dem Gegenentwurf von 1911 zufolge sollte ein besonders schwerer Fall bereits dann angenommen werden können, „wenn die verschuldeten Folgen der Tat bedeutend sind, oder der verbrecherische Wille des Täters besonders stark und verwerflich erscheint.“⁴² Anders als bei § 84 II VE 1909 sollten nur verschuldete Tatfolgen berücksichtigt werden. Ferner wurde es als ausreichend angesehen, wenn entweder die Tatfolgen bedeutend oder der verbrecherische Wille des Täters besonders stark ausgeprägt war. Mit dem so definierten besonders schweren Fall sollte ein für sämtliche Delikte geltender fakultativer Strafschärfungsgrund geschaffen werden, der „zur Schärfung innerhalb des ordentlichen Strafrahmens und darüber hinaus

37 Horn, S. 4 f.; Kaulfuß, S. 4 f.; Matthies, S. 6 f.; Wable, S. 9 f.

38 Horn, S. 5; Kaulfuß, S. 5 f.; Maiwald, NStZ 1984, 433 (433); Matthies, S. 9 ff.; Wach, VD AT, Bd. VI, S. 37 ff.; Wable, S. 10. Zu den Gründen für die Verwendung der Regelbeispielstechnik generell Braunsteffer, S. 5 ff.

39 Nesemann, S. 11. Ausführlich zur Verwendung besonders schwerer Fälle im Vorentwurf 1909 Matthies, S. 17 ff.

40 Vorentwurf, S. 18.

41 Vorentwurf, S. 326. Zu dieser Definition und der gegen sie geäußerten Kritik vgl. m.w.N. Eisele, S. 74 ff., der eine Vermischung von Strafänderung und Strafzumessung feststellt.

42 § 89 II GE 1911, S. 29 f.

innerhalb der Strafart des ordentlichen Strafrahmens⁴³ dienen sollte. Alle folgenden Entwürfe nahmen einen besonders schweren Fall – teils mit einer etwas abweichenden Formulierung – dann an, „wenn der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich und die Tat wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung oder ihrer verschuldeten Folgen besonders strafwürdig ist.“⁴⁴ Anders als nach dem Gegenentwurf wurde folglich wieder kumulativ auf objektive und subjektive Kriterien abgestellt, wobei die objektive Tatseite nicht mehr nur durch die verschuldeten Tatfolgen, sondern auch durch besondere Begehungsmodalitäten charakterisiert werden konnte. Auffällig ist, dass der vorgesehene Anwendungsbereich besonders schwerer Fälle in sämtlichen Entwürfen immer größer wurde.⁴⁵

2. Besonders schwere Fälle im Dritten Reich

Die „Blütezeit“ besonders schwerer Fälle wurde mit der Machtergreifung der Nationalsozialisten 1933 eingeläutet. Unter ihrem Regime wurde gerade auch im Kernstrafrecht eine Fülle benannter besonders schwerer Fälle eingeführt.⁴⁶ Erstmals geschah dies durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.05.1933,⁴⁷ durch welches besonders schwere Fälle des Betrugs und der Untreue festgeschrieben wurden. Die besonders schweren Fälle wurden zumeist mit Regelbeispielen versehen, die jedoch ihrerseits Bezug auf so ausfüllungsbedürftige Begriffe wie das „Volkswohl“ nahmen.⁴⁸ Diese so weit gefassten besonders schweren Fälle ermöglichten es, Regimegegner durch die Verhängung drastischer Strafen auszuschalten und die nationalsozialistische Unrechtsherrschaft mit Mitteln des Strafrechts zu stabilisieren.⁴⁹ „In den besonders schweren Fällen, die [...] auf Grund der Strafgesetznovelle vom 26.5.1933 in das Strafgesetz-

43 Begründung Gegenentwurf 1911., S. 119 f. Dazu m.w.N. *Eisele*, S. 78 f.

44 So etwa die Formulierung in §§ 77 II der Entwürfe von 1927 und 1930. Ausführlich zu den Entwürfen der Jahre 1913, 1919, 1922, 1925, 1927 und 1930 *Eisele*, S. 80-85.

45 *Matthies*, S. 24.

46 Vgl. dazu *Bayerwaltes*, S. 4 ff., 18 ff.; *Horn*, S. 6; *Matthies*, S. 30; *Milletat*, S. 7 ff.; *Nesemann*, S. 8 ff.

47 RGBl. I, 295, 297.

48 So sahen etwa § 263 IV und § 266 II StGB einen besonders schweren Fall vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt hat.

49 *Horn*, S. 7; *Maiwald*, NSStZ 1984, 433 (434); *Sax*, S. 1007; *Wable*, S. 12.

buch Eingang fanden, hat der Gesetzgeber eine wirksame Sicherung gegen das Abgleiten der Rechtsprechung in die Milde geschaffen.⁵⁰ Die zahlreiche Einführung besonders schwerer Fälle wurde als Beleg der Stärke des Gesetzgebers angesehen. Dem nationalsozialistischen Gesetzgeber mangelte es (anders als seinem Vorgänger) nicht an „Kampfeswillen“; der „Kampf gegen das Verbrechen“ sollte also mit aller Härte aufgenommen werden.⁵¹ Mit der gestiegenen Anzahl besonders schwerer Fälle waren Bedenken hinsichtlich einer möglichen Rechtsunsicherheit und willkürlicher Urteile des einzelnen Richters nicht verbunden: „Eine einheitliche, aus dem Geiste der nationalsozialistischen Weltanschauung gestaltete Wertordnung ermöglicht eine sichere und gerechte Anwendung dieser Begriffe und nimmt ihnen damit die Eigenschaften des Unbestimmten und Unberechenbaren.“⁵² Eine allgemeine Definition des besonders schweren Falls gab es nicht. Anders als heute bestand beim Vorliegen des Regelbeispiels nach überwiegender Auffassung die Pflicht, die Strafe dem verschärften Strafraumen zu entnehmen.⁵³

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1936 bediente sich ebenfalls besonders schwerer Fälle, ohne im Allgemeinen Teil eine Legaldefinition zu schaffen.⁵⁴ Manche der vorgesehenen besonders schweren Fälle wurden mit Regelbeispielen versehen, wobei diesen anstelle einer einheitlichen Formulierung ein „insbesondere“, „namentlich“ oder „vor allem, wenn“ vorangestellt wurde.⁵⁵ Unabhängig von der im Einzelfall gewählten Wendung bestand aber Einigkeit über die zwingende Anwendung des schärfsten Strafraums beim Vorliegen der Merkmale des Regelbeispiels.⁵⁶

3. Der Umgang mit den besonders schweren Fällen in der Nachkriegszeit

Zwar reduzierte sich die Zahl besonders schwerer Fälle nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs zunächst, doch enthielt das StGB auch danach noch 35 teils benannte besonders schwere Fälle.⁵⁷ Bereits mit dem Ersten

50 *Nesemann*, S. 5 f.

51 *Nesemann*, S. 10 f.

52 *Nesemann*, S. 15.

53 RGSt 68, 218 (219); *Eisele*, S. 90 (dort Fn. 393); *Horn*, S. 7; *Maiwald*, FS Gallas, 137 (138); *Matthies*, S. 29; *Zieschang*, Jura 1999, 561 (562).

54 Näher zur Regelbeispielstechnik im E 1936 *Eisele*, S. 85 ff.; *Matthies*, S. 31 ff.

55 Vgl. dazu mit Beispielen *Matthies*, S. 32.

56 *Matthies*, S. 32.

57 *Eisele*, S. 91; *Horn*, S. 7; *Wahle*, S. 13.

Strafrechtsänderungsgesetz von 1951⁵⁸ wurden erneut besonders schwere Fälle eingeführt.⁵⁹ 1954 sprach sich etwa *Lange* im Zuge der Vorarbeiten der Großen Strafrechtsreform für eine weitere Verwendung der Rechtsfigur des besonders schweren Falls aus, um so auch auf künftige vom Gesetzgeber nicht vorhergesehene oder vorhersehbare technische, soziologische, sozialetische und wirtschaftliche Veränderungen flexibel reagieren zu können.⁶⁰ Dem schlossen sich *Dreher* und *Fritz* an.⁶¹

Die Große Strafrechtskommission hielt an den besonders schweren Fällen fest und sah im Entwurf 1962 (E 1962) bei rund 60 Tatbeständen besonders schwere Fälle vor, die in der Regel durch wenigstens zwei Regelbeispiele näher konkretisiert wurden.⁶² Maßgeblich zur Beibehaltung der besonders schweren Fälle beigetragen hatte die Hoffnung, durch abgestufte Strafraumen die Strafzumessung einheitlich und gerechter zu gestalten.⁶³ Anders als unter den Nationalsozialisten sollte im Falle der Erfüllung eines Regelbeispiels nicht die Pflicht zur Anwendung des schärferen Strafraumens bestehen, dessen Anwendbarkeit sollte – wie heute – durch das einschlägige Regelbeispiel lediglich indiziert werden.⁶⁴ Ferner wurde der besonders schwere Fall im Allgemeinen Teil des Entwurfs definiert. Nach § 62 E 1962 liegt ein besonders schwerer Fall dann vor, wenn Umstände, die zur Tat gehören oder ihr vorausgehen, oder das Verhalten des Täters nach der Tat das Unrecht und die Schuld wesentlich erhöhen.⁶⁵ Besonderer Wert wurde darauf gelegt, dass nur eine kumulative Erhöhung von Unrecht und Schuld einen besonders schweren Fall begründen könne.⁶⁶

Der Alternativentwurf von 1966 enthielt keine besonders schweren Fälle. Angesichts der mit dieser Rechtsfigur verbundenen dogmatischen und rechtsstaatlichen Schwierigkeiten wurde auf eine Normierung besonders schwerer Fälle verzichtet.⁶⁷

58 BGBl. I, 739.

59 Vgl. dazu sowie zu weiteren bis 1964 ergangenen Strafrechtsänderungsgesetzen, die besonders schwere Fälle einführten, *Milletat*, S. 9 f.

60 *Lange*, Materialien Strafrechtsreform I, S. 81, 84.

61 Niederschriften, Bd. 5, S. 16.

62 *Horn*, S. 7 f.; *Kaulfuß*, S. 9; *Wable*, S. 13, 51.

63 BT-Drs. 4/650 (E 1962), S. 184 f.

64 *Zieschang*, Jura 1999, 561 (562).

65 Zur Kritik dieser Definition vgl. *Wable*, S. 65 ff.

66 BT-Drs. 4/650 (E 1962), S. 184.

67 AE AT, S. 111.

Von 1964 bis 1997 wurden – auch im Zuge der großen Strafrechtsreformen von 1969 und 1975 – stetig weitere benannte besonders schwere Fälle in das StGB aufgenommen sowie bestehende unbenannte besonders schwere Fälle um Regelbeispiele ergänzt.⁶⁸

4. Das sechste Strafrechtsreformgesetz (6. StrRG)

Vor dem am 01.04.1998 in Kraft getretenen 6. StrRG⁶⁹ wurden Eigentum und Vermögen strafrechtlich stärker geschützt als höchstpersönliche Rechtsgüter wie etwa die körperliche Integrität. Die Beseitigung dieses Missverhältnisses war eines der Hauptanliegen des Reformgesetzes.⁷⁰ Der Referentenentwurf eines sechsten Strafrechtsreformgesetzes des Bundesjustizministeriums sah vor, Qualifikationstatbestände weitgehend durch besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen zu ersetzen. So sollte etwa die gefährliche Körperverletzung nach § 223a StGB a.F. in § 223 III des Entwurfs aufgehen, der besonders schwere Fälle der Körperverletzung normierte.⁷¹ Der Entwurf enthielt besonders schwere Fälle „in einem bislang unbekanntem Ausmaß“.⁷² Dieser drastisch vermehrte Einsatz der Regelbeispielstechnik wurde heftig kritisiert.⁷³ Unbenannte besonders schwere Fälle wurden mangels hinreichender Bestimmtheit als verfassungswidrig verurteilt,⁷⁴ doch auch benannten besonders schweren Fällen, dem verglichen mit den unbenannten besonders schweren Fällen „kleineren Übel“, stand man oft kritisch gegenüber. Beispielhaft wird hier auf die Stellungnahme des Arbeitskreises der Strafrechtslehrer⁷⁵ zum Referentenentwurf eingegangen. Durch die Regelbeispielstechnik entscheide nunmehr nicht mehr zuvörderst der Gesetzgeber über die Rechtsfolgen der Tat, sondern der Richter.⁷⁶ Ferner missfiel das „Erfindungsrecht“ [des Richters] für weitere

68 Dazu ausführlich *Kaulfuß*, S. 11-16; *Matthies*, S. 48-51.

69 BGBl. I, 164.

70 BT-Drs. 13/7164, S. 1, 18.

71 *Freund*, ZStW 109 (1997), 455 (459, 464), der den Entwurf wiedergibt.

72 *Zieschang*, Jura 1999, 561 (562).

73 Vgl. etwa *Calliess*, NJW 1998, 929 (929 ff.); *Dietmeier*, ZStW 110 (1998), 393 (408-411, 413), der über das Marburger Strafrechtsgespräch berichtet; *Mainwald*, FS Gallas, 137 (150, 159); *Sander/Hohmann*, NSStZ 1998, 273 (274); *Stächelin*, StV 1998, 98 (102); *Zieschang*, Jura 1999, 561 (563 ff., 567).

74 *Calliess*, NJW 1998, 929 (933 ff.); *Hirsch*, FS Gössel, 287 (299 ff., 302); *Stächelin*, StV 1998, 98 (102); wohl auch *Zieschang*, Jura 1999, 561 (564).

75 Abgedruckt bei *Freund*, ZStW 109 (1997), 455 (469 ff.).

76 *Freund*, ZStW 109 (1997), 455 (470 f.).

unbenannte besonders schwere Fälle“.⁷⁷ Dies führe „zu einem massiven Verlust an Rechtssicherheit im Strafrecht, weil der Sache nach die für die Rechtsfolge weichenstellende Ausfüllung der strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale der Strafnorm allein dem Richter überlassen bleibt.“⁷⁸ Darüber hinaus wurde ein Verstoß gegen Art. 103 II GG in Rechnung gestellt.⁷⁹ Der Referentenentwurf wurde nach Vornahme einiger Änderungen, die nicht das Vorhaben betrafen, Qualifikationen durch Regelbeispiele zu ersetzen,⁸⁰ als Gesetzentwurf von der Bundesregierung⁸¹ und den Fraktionen der Union und der FDP⁸² in den Bundestag eingebracht. Die Regelbeispielermethode wird als „in der modernen Strafgesetzgebung bevorzugte[n] Technik“⁸³ gepriesen und ob ihrer Flexibilität gelobt.⁸⁴ Ferner werde in den neu zu schaffenden Regelbeispielen an Umstände angeknüpft, die bereits auf Grundlage des geltenden Rechts zur Annahme eines besonders schweren Falls führen können.⁸⁵ Die vom Rechtsausschuss gehörten Sachverständigen, vornehmlich Praktiker, standen dem verstärkten Einsatz der Regelbeispielstechnik weitaus weniger positiv gegenüber.⁸⁶ Neben der erhöhten Rechtsunsicherheit missfielen vor allem die im Rahmen der Prüfung eines Regelbeispiels vorzunehmenden „Abwägungskaskaden“⁸⁷. Die Regelbeispielstechnik begeistere daher „nur die Spielernaturen unter den Richtern“.⁸⁸ Die erforderliche Gesamtabwägung gehe mit einem hohen Begründungsaufwand einher.⁸⁹ Zudem erscheine es mehr oder minder zufällig, ob bzw. wann die Revisionsinstanz mit der Begründung der Annahme oder Ablehnung des besonders schweren Falls einverstanden sei.⁹⁰ Verwiesen wird zudem auf die ungeklärten dogmatischen Fragen, et-

77 Freund, ZStW 109 (1997), 455 (471).

78 A.a.O.

79 A.a.O.

80 Vgl. dazu etwa BT-Drs. 13/7164, S. 19.

81 BT-Drs. 13/8587, Anl. 1.

82 BT-Drs. 13/7164.

83 BT-Drs. 13/7164, S. 36. Kritisch dazu Calliess, NJW 1998, 929 (930); Hirsch, FS Gössel, 287 (298); Stächelin, StV 1998, 98 (102).

84 A.a.O.

85 BT-Drs. 13/7164, S. 42.

86 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), S. 15 f., 18, 37, 44, Anl. S. 36, 55 ff., 88 ff.

87 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), S. 22, Anl. S. 60.

88 A.a.O.

89 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), S. 16, 33, 48, Anl. S. 91.

90 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), Anl. S. 55.

wa bezüglich des Versuchs eines Regelbeispiels.⁹¹ Nur zwei der zehn Sachverständigen befürworteten die Hinwendung zur Regelbeispielstechnik; die Anwendung der Regelbeispielstechnik bereite den Gerichten schließlich keinerlei Probleme mehr.⁹² Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme auf die strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Einwände gegen eine Umformung von Qualifikationen in Regelbeispiele hin, mit denen der Gesetzgeber sich befassen solle.⁹³ Die darauf folgende Überprüfung des Entwurfs durch die Bundesregierung ergab zwar keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, dennoch konstatierte man „in einigen wichtigen Punkten [bestehende] dogmatische Unklarheiten“,⁹⁴ die zu einem gegenüber dem Entwurf differenzierteren und deutlich geringeren Einsatz der Regelbeispielstechnik führten.⁹⁵ Die Qualifikationsstatbestände der Körperverletzung etwa blieben trotz des Festhaltens der Bundesregierung an einer Umformung von Qualifikationen in besonders schwere Fälle⁹⁶ erhalten.⁹⁷ Eine Definition des besonders schweren Falls wurde nicht eingeführt.

Allen im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Einschränkungen⁹⁸ hinsichtlich der Einführung von Regelbeispielen zum Trotz bescheinigt die letztlich beschlossene Fassung⁹⁹ „eine vehement gestiegene Affinität des Gesetzgebers zur Regelbeispielstechnik“,¹⁰⁰ Gössel spricht gar von einer „geradezu explosionsartigen Vermehrung der Regelbeispiele besonders schwerer Fälle“,¹⁰¹

Nach dem 6. StrRG ist keine weitere größere Reform zu verzeichnen, die zu vergleichbaren Änderungen hinsichtlich der Verwendung der Regelbeispielstechnik geführt hat. In weniger als 100 Jahren haben sich die

91 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), S. 4, Anl. S. 55, 90 f.

92 Protokoll der 88. Sitzung des Rechtsausschusses (13. Wahlperiode), S. 2 f., Anl. S. 73 f., 119 f.

93 BT-Drs. 13/8587 (Anl. 2), S. 55.

94 BT-Drs. 13/8587 (Anl. 3), S. 78.

95 BT-Drs. 13/8587 (Anl. 3), S. 78 f.

96 BT-Drs. 13/8587 (Anl. 3), S. 79.

97 Dafür hatte sich – letztlich erfolgreich – der Rechtsausschuss des Bundestags eingesetzt; s. BT-Drs. 13/9064, S. 15 f.

98 Zu diesen vgl. *Kreß*, NJW 1998, 633 (636 f.).

99 BT-Drs. 13/8991.

100 *Stächel*, StV 1998, 98 (102), der die Regelbeispielstechnik kritisch sieht und sie für nicht mit Art. 103 II GG vereinbar hält.

101 *Gössel*, FS Hirsch, 183 (185).

unbenannten und vor allem die benannten besonders schweren Fälle schnell im Besonderen Teil des StGB etabliert.

III. Die Begriffe „Unrecht“ und „Schuld“

Die Tatschwere richtet sich nach dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat. Dementsprechend kann die besondere Schwere eines Falls an Steigerungen von Unrecht und/oder Schuld festgemacht werden. Im Folgenden ist daher in knapper Form zu klären, was der herrschenden Ansicht zufolge¹⁰² unter Unrecht und Schuld zu verstehen ist.

Die hier maßgebliche Strafzumessungsschuld dient dazu, das Maß des vorwerfbaren Unrechts zu bestimmen.¹⁰³ Die Strafbegründungsschuld liegt demgegenüber vor, wenn der Täter schuldhaft handelte; die Strafbegründungsschuld kann mithin nur entweder vorliegen oder nicht vorliegen, während es bei der Strafzumessungsschuld nicht auf das Vorliegen überhaupt, sondern vielmehr auf deren Maß ankommt.¹⁰⁴ Nach § 46 I 1 StGB ist die (Strafzumessungs-) Schuld Grundlage der Strafzumessung. Damit wird die Geltung des verfassungsrechtlich fundierten Schuldprinzips auch im Rahmen der Strafzumessung betont. Nach dem Schuldprinzip fungiert die Schuld des Täters als Grundlage und Grenze der Strafzumessung, deren Ergebnis immer eine schuldangemessene, d.h. verhältnismäßige Strafe sein muss.¹⁰⁵ Ausgangspunkt des Schuldurteils ist die Feststellung der für den Täter bestehenden Möglichkeit, anders zu handeln angesichts derer er sich trotz bestehender Einsichts- und Steuerungsfähigkeit für die Vornahme der strafbaren Handlung entschieden hat.¹⁰⁶

102 Für Nachweise zu abweichenden Meinungen vgl. etwa Sch/Sch-Eisele, Vorb. §§ 13 ff. Rn. 52 f., 113.

103 Vgl. dazu statt vieler LK-Theune, § 46 Rn. 3-7.

104 LK-Theune, § 46 Rn. 5; Meier, S. 186. Obwohl der Funktion der Strafbegründungsschuld entsprechend lediglich entscheidend ist, ob der Täter schuldhaft gehandelt hat oder nicht, kann auch die Strafbegründungsschuld unterschiedliche Schweregrade aufweisen. So wiegt etwa die Schuld, die die Strafbarkeit eines Täters wegen Mordes begründet, schwerer als diejenige, die zu einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung führt. Dazu m.w.N. Kluth, S. 48.

105 BVerfGE 86, 288 (313); Lackner/Kühl, § 46 Rn. 1, 23 f.; LK-Theune, § 46 Rn. 8 f.; MüKo-Miebach/Maier, § 46 Rn. 28; SK-Rogall, § 19 Rn. 2.

106 Statt vieler Hörnle, Symposium Schönemann, 105 (121 ff.) m.w.N. auch zur Prämisse der Willensfreiheit des Täters; Meier, S. 190 ff.; Wessels, FS Maurach, 295 (303).

Die Strafzumessungsschuld erfasst alle Umstände, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen Aufschluss über das Maß des gegen den Täter zu erhebenden Vorwurfs geben.¹⁰⁷ Eine beispielhafte, nicht abschließende Übersicht solcher Umstände liefert § 46 II 2 StGB. Die Strafzumessungsschuld ist Tatschuld, nicht etwa eine Lebensführungs- oder Charakterschuld.¹⁰⁸ Vor- und Nachtatverhalten kann, auch wenn der zeitliche Abstand zur Tat erheblich ist, insofern im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden, als daraus Indizien zum Unrechts- und Schuldmaß bei Begehung der Tat abgeleitet werden können.¹⁰⁹

Bezugspunkt der Strafzumessungsschuld ist das vom Täter schuldhaft verwirklichte Unrecht.¹¹⁰ Beim Unrecht wiederum kann zwischen dem Erfolgs- und dem Handlungsunrecht unterschieden werden. Das Erfolgsunrecht bemisst sich nach allen Umständen, die das Ausmaß der Gefährdung oder Verletzung des Schutzguts ausmachen.¹¹¹ Teils werden auch solche Umstände dem Erfolgsunrecht zugeordnet, die das Ausmaß außertatbestandlicher Tatfolgen kennzeichnen.¹¹² Das Handlungsunrecht hingegen bezieht sich auf die Modalitäten der Tatbegehung, d.h. sowohl auf die Verletzung der dem Tatbestand zugrundeliegenden Verhaltenspflicht und die damit einhergehende Pflichtwidrigkeit als auch die in der Person des Täters liegenden Unrechtsmerkmale, zu denen beispielsweise Absichten, Mo-

107 Meier, S. 185 f.

108 Statt vieler SK-Horn/Wolters, § 46 Rn. 46 f. m.w.N.

109 BGH NJW 1971, 1758; NStZ 1998, 404; NStZ-RR 2002, 364; StV 2004, 415 (416); Bruns, NStZ 1981, 81 (81 f.); Kluth, S. 59; LK-Theune, § 46 Rn. 7, 165, 197; NK-Streng, § 46 Rn. 75; Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Rn. 641; SK-Horn/Wolters, § 46 Rn. 144, 153 f. Kritisch zu dieser Indizkonstruktion S/S/W-Eschelbach, § 46 Rn. 106. Gegner der Indizkonstruktion erweitern im Rahmen der Strafzumessung den Tatbegriff, um so Vor- und Nachtatverhalten erfassen zu können. Vgl. dazu etwa Bruns, S. 221 f.; Dölling, FS Frisch, 1181 (1184 ff.); Maurach/Gössel/Zipf-Zipf/Dölling, AT 2, § 63 Rn. 52-59; Streng, Rn. 528.

110 BGH StV 1983, 332 (333); Bruns, S. 145 f.; Eisele, S. 122; Lackner/Kübl, § 46 Rn. 23; LK-Theune, § 46 Rn. 5 f.; Meier, S. 185 f.; Reinhard, Abschlussbericht, S. 733, S/S/W-Eschelbach, § 46 Rn. 74 ff.; Streng, StV 2018, 593 (596).

111 Gallas, FS Bockelmann, 155 (163 f.); Hörnle, Symposium Schünemann, 105 (115); Jescheck/Weigend, S. 240; Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582 (585); Meier, S. 187; Roxin, AT I, § 10 Rn. 88; Sch/Sch-Eisele, Vorb. §§ 13 ff. Rn. 57; S/S/W-Eschelbach, § 46 Rn. 103 ff.; Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Rn. 587.

112 So etwa Maurach/Gössel/Zipf-Zipf/Dölling, AT 2, § 63 Rn. 19, die statt vom Erfolgsunrecht von der Erfolgskomponente sprechen; Zipf, Strafzumessung, S. 30. Inwiefern außertatbestandliche Tatfolgen strafzumessungsrelevant sind, ist umstritten. Vgl. dazu m.w.N. Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Rn. 595 ff.

tive und der Vorsatz zählen.¹¹³ Welche Umstände im Einzelnen dem Erfolgs- bzw. Handlungsunrecht zuzuordnen sind, wird nicht einheitlich beurteilt.¹¹⁴ Handlungs- und Erfolgsunrecht sind graduierbare, gleichrangig nebeneinanderstehende Unrechtsbestandteile.¹¹⁵

Mit einem höheren Unrecht korrespondiert – sollten keine schuldmindernden Umstände vorliegen – eine entsprechend gesteigerte Schuld.¹¹⁶

IV. Allgemeine Anforderungen an einen besonders schweren Fall

Die Betrachtung der historischen Entwicklung der Rechtsfigur des besonders schweren Falls liefert möglicherweise Anhaltspunkte zur Beantwortung der Frage nach den allgemeinen Anforderungen eines jeden besonders schweren Falls. Ob ein solcher nur bei einer kumulativen Erhöhung von Unrecht und Schuld angenommen werden kann oder ob auch eine alternative Erhöhung eines dieser Elemente ausreicht, ist nicht ausdrücklich normiert.

Klar positioniert sich in dieser Hinsicht der Entwurf von 1962. § 62 E 1962 zufolge setzt ein besonders schwerer Fall eine kumulative Erhöhung von Unrecht und Schuld voraus.¹¹⁷

In den Augen der Verfasser des Entwurfs von 1909 war für die Klassifizierung als besonders schwerer Fall entscheidend, ob die Tat sich sowohl subjektiv durch einen ungewöhnlich starken verbrecherischen Willen als auch objektiv durch die Folgen der Tat „über das Maß des Gewöhnlichen erhebt“.¹¹⁸ Der Verweis auf den starken verbrecherischen Willen kann als Hinweis auf eine entsprechend gesteigerte Schuld des Täters verstanden werden, während die besonderen Tatfolgen ein erhöhtes (Erfolgs-)Unrecht

113 *Gallas*, FS Bockelmann, 155 (161); *Grünwald*, S. 147 f.; *Jescheck/Weigend*, S. 240 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf/Zipf/Dölling*, AT 2, § 63 Rn. 22; *Meier*, S. 187; *Roxin*, AT I, § 10 Rn. 88 f., 101; *Zipf*, Strafzumessung, S. 29.

114 Vgl. dazu etwa *Lackner/Kühl*, Vorb. § 13 Rn. 20 f.; *Roxin*, AT I, § 10 Rn. 101; *Sch/Sch-Eisele*, Vorb. §§ 13 ff. Rn. 56. Ebenso uneinheitlich ist die Einordnung insb. von Motiven und Absichten als Unrechts- oder Schuldbestandteile; dies wird anhand der umstrittenen Einordnung der Mordmerkmale besonders deutlich. Vgl. dazu etwa *Lembert*, S. 15-18; *MüKo-Schneider*, Vorb. zu § 211 Rn. 196 ff.

115 *Meier*, S. 187 f.

116 *Arzt*, JuS 1972, 515 (518); *Eisele*, S. 122, 239; *Grünwald*, S. 206 ff., 211; *dies.*, Abschlussbericht, S. 492 f.; *Lackner*, Niederschriften, Bd. 12, S. 240; *LK-Theune*, § 46 Rn. 5; *Wessels*, FS Maurach, 295 (303).

117 S. Fn. 65 f. Kritisch dazu *Kaulfuß*, S. 65 ff.

118 Vorentwurf, S. 326.

aufzeigen. Für eine solche Interpretation spricht der Wortlaut der Legaldefinition besonders leichter Fälle in § 83 II VE 1909.¹¹⁹ Dieser Vorschrift nach liegt ein besonders leichter Fall vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint. Wenn ein geringer verbrecherischer Wille entschuldbar erscheint, kann umgekehrt ein besonders starker verbrecherischer Wille als Zeichen erhöhter Schuld gedeutet werden. Ferner musste die Tat nach Ansicht der Entwurfsverfasser sowohl subjektiv als auch objektiv schwerer wiegen als eine durchschnittliche Tat. Damals ordnete man alle Merkmale der äußeren Tatseite als Unrechtsmerkmale¹²⁰ sowie alle subjektiven Merkmale als Schuldmerkmale ein.¹²¹ Sollte die Tat objektiv und subjektiv besonders schwer wiegen, um als besonders schwerer Fall qualifiziert werden zu können, mussten also Unrecht und Schuld erhöht sein. All dies zugrunde gelegt ist die Legaldefinition aus § 84 II VE also dahin zu interpretieren, dass ein besonders schwerer Fall nur bei einer kumulativen Erhöhung von Unrecht und Schuld angenommen werden kann. § 84 II VE 1909 präzisiert dies dann lediglich weiter, indem er die die Unrechts- und Schuldsteigerung begründenden Umstände benennt.

Auch im Zuge der Vorarbeiten der Großen Strafrechtsreform betonte *Lange*, dass angesichts der unterschiedlichen Definitionen des besonders schweren Falls in den vorherigen Entwürfen derjenigen Definition der Vorzug gebührt, die eine kumulative Steigerung von Unrecht und Schuld fordert.¹²² So wurde von den Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission eine Definition des besonders schweren Falls diskutiert, der zufolge ein solcher vorliege, „wenn die zur Tat gehörenden, ihr vorausgehenden oder nachfolgenden Umstände das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters wesentlich erhöhen“.¹²³ Über das Erfordernis einer Erhöhung sowohl des Unrechts als auch der Schuld bestand Einigkeit unter den Kommissionsmitgliedern; Diskussionen entzündeten sich an der Frage, ob der Tat

119 Vorentwurf, S. 17.

120 Das Unrecht weist auch nach Aufgabe der (eingeschränkt) objektiven Unrechtslehre und unter Berücksichtigung der aktuellen personalen Unrechtslehre trotz der nunmehr einzubeziehenden personalen Elemente einen objektiven Charakter auf. Vgl. dazu m.w.N. *Jescheck/Weigend*, S. 242.

121 *Milletat*, S. 86 ff.; *Otto*, ZStW 87 (1975), 539 (541 f.); *Sch/Sch-Eisele*, Vorb. §§ 13 ff. Rn. 52/53. Zur Diskussion um die Trennung von Unrecht und Schuld und die Bestandteile des Unrechts vgl. etwa *Roxin*, AT I, § 10 Rn. 89-97 m.w.N.

122 *Lange*, Materialien Strafrechtsreform I, S. 81.

123 Niederschriften, Bd. 5, S. 10.

nachfolgende Umstände tatsächlich geeignet sind, Unrecht und Schuld der Tat zu steigern.¹²⁴

Zwar gibt es im geltenden StGB keine Legaldefinition des besonders schweren Falls; dennoch ist nicht von einer Änderung der allgemeinen Anforderungen an einen besonders schweren Fall auszugehen. Zum einen hat die Rechtsprechung zu keinem Zeitpunkt eine neue, eigene Definition ausgearbeitet. Zum anderen distanzierte man sich nie von der Definition in § 62 E 1962, sondern folgt ihr vielmehr. Anders lässt sich nicht erklären, warum der Bundesgerichtshof etwa für einen sonstigen, besonders schweren Fall des § 243 I 1 StGB einen erhöhten Unrechts- und Schuldgehalt ausdrücklich fordert.¹²⁵ § 62 E 1962 wurde zwar nie in das StGB aufgenommen, hat jedoch für das geltende Recht als erste Vorschrift, die klarstellt, dass ein besonders schwerer Fall nur bei einer kumulativen Erhöhung von Unrecht und Schuld angenommen werden kann, dennoch Bedeutung.¹²⁶ Eine Aufnahme der Definition aus § 62 E 1962 in das StGB im Zuge des zweiten Strafrechtsreformgesetzes scheiterte nur an der fehlenden Reformierung im Bereich der Rechtsfolgen, da das StGB zu dieser Zeit nicht nur besonders schwere und minder schwere, sondern auch schwere Fälle kannte, die nach dem Entwurf von 1962 nicht vorgesehen und daher dort auch nicht definiert waren.¹²⁷

Aus all diesen Anhaltspunkten ist zu folgern, dass die Rechtsprechung auch heute für einen besonders schweren Fall eine kumulative Erhöhung von Unrecht und Schuld für erforderlich hält. Zudem wird im Zusammenhang mit § 212 II StGB allenthalben betont, die lebenslange Freiheitsstrafe dürfe nur dann verhängt werden, wenn die Tat im Einzelfall einen dem Mord vergleichbaren Unrechts- und Schuldgehalt aufweist.¹²⁸ Auch hier wird also für einen besonders schweren Fall eine kumulative Erhöhung von Unrecht und Schuld gefordert.

Zudem ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs der Unterschied zwischen Qualifikationstatbeständen und Regelbeispielen zu vernachlässi-

124 Niederschriften, Bd. 5, S. 17 ff.

125 BGH Beschluss v. 02. 12. 1997 - 1 StR 154/98, zu finden bei *Detter*, NStZ 1998, 501 (503).

126 *Braunsteffer*, S. 67 Fn. 81; *Horn*, S. 65; *Milletat*, S. 48 ff.; *Kastenbauer*, S. 137; *Kaulfuß*, S. 61 Fn. 197.

127 BT-Drs. 05/4095, S. 23.

128 BVerfG JR 1979, 28 (28); BGH NJW 1981, 2310 (2311); BGH NJW 1982, 2264 (2265); BGH JR 1983, 28; BGH NStZ 1991, 431 (431 f.); BGH NStZ-RR 2004, 205 (206).

gen.¹²⁹ Diese Auffassung ist nur dann nachzuvollziehen, wenn sie auf der Prämisse beruht, sowohl Regelbeispiele als auch Qualifikationstatbestände seien typisierte Unrechts- und Schuldsteigerungen. In diesem Sinne begründet der Bundesgerichtshof die Tatbestandsähnlichkeit der Regelbeispiele auch mit der Erwägung, diese enthielten eine beispielhafte Beschreibung eines gegenüber dem Grundtatbestand gesteigerten Unrechts- und Schuldgehalts.¹³⁰ Durch das 6. StrRG wurden Regelbeispiele in Qualifikationen umgestaltet.¹³¹ Auch dies unterstreicht, dass sowohl Regelbeispiele als auch Qualifikationstatbestände Unrechts- und Schuldsteigerungen normieren. Darüber hinaus verwendet der Gesetzgeber manche Merkmale einerseits im Rahmen einer Qualifikation, andererseits aber auch bei der Normierung eines besonders schweren Falls. Die Tatbegehung als Mitglied einer Bande begründet so etwa in § 263 II 2 Nr. 1 StGB einen besonders schweren Fall, während sie in § 244 I Nr. 2 StGB qualifizierend wirkt. Sofern das Vorliegen dieses Merkmals im Rahmen des Qualifikationstatbestands zu einer Unrechts- und Schuldhöhung führt, muss es dies auch im Rahmen eines besonders schweren Falls tun.

Außerdem ist nach dem Bundesgerichtshof die Strafe trotz Verwirklichung des Regelbeispiels dem Regelstrafrahmen zu entnehmen, sofern tat- oder täterbezogene Umstände vorliegen, die das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters deutlich vom Regelfall abheben, sodass die Anwendung des schärferen Strafrahmens unangemessen erscheint.¹³² Im Umkehrschluss daraus folgt, dass für die Anwendbarkeit des Sonderstrafrahmens eine Erhöhung von Unrecht und Schuld gefordert wird. Dementsprechend hält der Bundesgerichtshof es bei der Ermittlung, ob ein besonders schwerer Fall des Totschlags vorliegt, für erforderlich, im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, ob trotz der fehlenden Verwirklichung von Mordmerkmalen sonstige unrechts- und schuldsteigernde Umstände vorliegen, aufgrund derer die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe angezeigt ist.¹³³

Auch zahlreichen Stimmen der Literatur zufolge ist jedem besonders schweren Fall eine Steigerung von Unrecht und Schuld immanent.¹³⁴ Teilweise wird zur Begründung eines besonders schweren Falls jedoch auch

129 BGHSt 26, 167 (173); 29, 359 (368); 33, 370 (374).

130 BGHSt 33, 370 (374).

131 Für Beispiele s. *Kaulfuß*, S. 17.

132 BGHSt 20, 121 (124 f.); BGH NStZ 1982, 425; NJW 1987, 2450 (2450).

133 BGH NStZ 1984, 311 (312); 1991, 431 (432).

134 *Braunsteffer*, S. 96 m.w.N.; *Fischer*, § 46 Rn. 94; *Hirsch*, FS Gössel, 287 (299); *Kaulfuß*, S. 50, 61, 65; *Kindhäuser LPK*, § 46 Rn. 19; *Lackner/Kühl*, § 46 Rn. 14; LK-

eine Steigerung von Unrecht oder Schuld¹³⁵ oder eine bloße Schuldsteigerung als ausreichend angesehen.¹³⁶

Wegen des die Strafzumessung beherrschenden Schuldprinzips kann eine Strafschärfung aufgrund eines besonders schweren Falls jedoch jedenfalls nicht auf eine bloße Unrechtssteigerung, die keine entsprechend erhöhte Schuld nach sich zieht, gestützt werden. Fraglich bleibt damit lediglich, ob auch eine Steigerung alleine der Schuld geeignet ist, einen besonders schweren Fall zu begründen. Dafür wird häufig angeführt, nur so auch Merkmale, die in engem Zusammenhang zum Täter als Person stehen wie etwa seine Motive und Gesinnung, bei der Begründung eines besonders schweren Falls einbeziehen zu können.¹³⁷ Diese Umstände werden heute aber nicht mehr als alleine die Schuld steigernde Merkmale begriffen, sondern wirken in aller Regel als Teil des Handlungsunrechts jedenfalls auch unrechtssteigernd.¹³⁸ Die Befürchtung, täterbezogene Umstände blieben bei der Begründung besonders schwerer Fälle auf der Strecke, sofern man für deren Begründung nicht auch eine bloße Schuldsteigerung ausreichen lasse, verfängt auf Basis der heute herrschenden personalen Unrechtslehre¹³⁹ somit nicht mehr.

Die Annahme eines besonders schweren Falls gestützt auf eine bloße Schuldsteigerung setzt voraus, dass der Schuld eine vom Unrecht unabhängige Aussagekraft hinsichtlich der Tatschwere zukommen kann, sie also unrechtsunabhängig steigerbar ist. Versteht man die Schuld als Maß der Vorwerfbarkeit des in der Tat enthaltenen Unrechts und lehnt man jegliche Schuldkonzepte, die an die Lebensführung des Täters oder dessen Cha-

Theune, Vor §§ 46-50 Rn. 21; *Maiwald*, FS Gallas, 137 (153 ff.); *MüKo-Miebach/Maier*, § 46 Rn. 112; *NK-Streng*, § 46 Rn. 13; *Sauer*, GA 1955, 232 (236); *Schafheutle*, Niederschriften, Bd. 7, S. 35; *Sternberg-Lieben*, Jura 1986, 183 (183 f., 188 f.); *Streng*, Rn. 514; *Wessels*, FS Lackner, 423 (426, 429); *ders.*, FS Maurach, 295 (303). Abweichend *Horn*, S. 68, demzufolge ein besonders schwerer Fall alleine erhöhtes Unrecht erfordert.

135 *Arzt*, JuS 1972, 515 (519), der für die Annahme eines besonders schweren Falls eine Steigerung des Unrechts oder der Schuld, die die Anwendung eines schärferen Strafrahmens fordert, voraussetzt; *Frisch/Bergmann*, JZ 1990, 944 (953) („signifikante Veränderung im Bereich von Unrecht und/oder Schuld“); *Jakobs*, AT, 6. Abschn. Rn. 99.

136 *Arzt/Weber*, § 14 Rn. 23; *Dreher*, ZStW 77 (1965), 220 (223); nach dessen Ansicht eine Strafschärfung bei einer Erhöhung alleine der Schuld oder des Unrechts und der Schuld angenommen werden kann; *Eisele*, S. 239 f.

137 *Arzt*, JuS 1972, 515 (518 f.); *Eisele*, S. 239.

138 S. Fn. 113.

139 Vgl. zur personalen Unrechtslehre etwa *Gallas*, FS Bockelmann, 155 (156 ff.); *Roxin*, AT I, § 10 Rn. 89 ff. m.w.N.

rakter anknüpfen, im Einklang mit Rechtsprechung und Lehre ab,¹⁴⁰ so kann es keine rein schuldsteigernden Umstände geben.¹⁴¹ Eine mehr als volle Vorwerfbarkeit für das mit der Tat angerichtete Unrecht ist nicht denkbar.¹⁴² Die Strafzumessungsschuld wird von der Höhe des Unrechts bestimmt. Unrecht und Schuld decken sich, sofern keine Anhaltspunkte für eine Schuldminderung ersichtlich sind.¹⁴³

Aus der Ablehnung einer über das Maß des Unrechts hinausgehenden Schuldsteigerung folgt die Berücksichtigungsfähigkeit solcher täterbezogenen Umstände und Merkmale, die sich in der Tat niederschlagen und diese prägen sowie die fehlende Berücksichtigungsfähigkeit sämtlicher anderer täterbezogenen Merkmale wie etwa der Täterpersönlichkeit. Die fehlende Relevanz letzterer Merkmale für das Vorliegen eines besonders schweren Falls und die damit verbundene Eröffnung des Sonderstrafrahmens ist jedoch nicht als Manko der hier vertretenen Ablehnung rein schuldsteigernder Merkmale zu deuten, sondern vielmehr als Zeichen einer begrüßenswerten Überwindung der Konzepte der Charakter- und Lebensführungsschuld, für die im Tatstrafrecht einer pluralistischen, freiheitlich-liberalen Gesellschaft kein Platz ist. Sämtliche täterbezogenen Umstände, auf die kein besonders schwerer Fall gestützt werden kann, können jedoch innerhalb des Strafrahmens Berücksichtigung finden.

Insgesamt bleibt somit Folgendes festzuhalten: Sind über das Unrecht hinausgehende Schuldsteigerungen nicht möglich, so ist eine Erhöhung alleine der Schuld, an die ein besonders schwerer Fall geknüpft werden könnte, nicht anzuerkennen. Demnach kann ein besonders schwerer Fall lediglich im Falle einer kumulativen Steigerung von Unrecht und Schuld angenommen werden.¹⁴⁴ Da die Steigerung der Schuld maßgeblich von der entsprechenden Steigerung des Unrechts abhängt, sind für die Frage, wann ein besonders schwerer Fall des Totschlags angenommen werden

140 BGHSt 5, 124 (131 f.); BGH NSTZ-RR 2007, 195; 2010, 25; *Fischer*, § 46 Rn. 42a; *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (381 f.); *Hörnle*, JZ 1999, 1080 (1086); NK-*Streng*, § 46 Rn. 22; SK-*Horn/Wolters*, § 46 Rn. 46 f.

141 *Frisch*, ZStW 99(1987), 349 (382); *ders.*, FS 50 J. BGH, 269 (289); *Grünevald*, S. 206-214; *dies.*, JA 2012, 401 (403 f.); *Hörnle*, JZ 1999, 1080 (1087 f.); *dies.*, FS Frisch, 653 (661); *Kaspar*, 72. DJT, C 65; MüKo-*Schneider*, Vorb. § 211 Rn. 198; SK-*Horn/Wolters*, § 46 Rn. 44 ff.

142 *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349 (382); *ders.*, FS 50 J. BGH, 269 (289); *Grünevald*, S. 211, 214; *dies.*, Abschlussbericht, S. 492 f.; SK-*Horn/Wolters*, § 46 Rn. 45.

143 *Grünevald*, S. 211; *dies.*, Abschlussbericht, S. 492 f.; *Hörnle*, JZ 1999, 1080 (1087 f.); *Kaspar*, 72. DJT, C 65; SK-*Horn/Wolters*, § 46 Rn. 45; *Streng*, Rn. 529.

144 So bezogen auf § 212 II StGB auch MüKo-*Schneider*, § 212 Rn. 84; SK-*Sinn*, § 212 Rn. 74.