

Entscheidungsbesprechung

Mord und Störung der Totenruhe – der „Stückelmord vom Gimmlitztal“

1. Die sogenannte Rechtsfolgenlösung zur Milderung der für Mord vorgesehenen lebenslangen Freiheitsstrafe in eine zeitige Freiheitsstrafe entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB eröffnet nicht allgemein einen Sonderstrafrahmen für „minder schwere“ Fälle. Eine Schuldinderung, die die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts als unverhältnismäßig erscheinen lässt, setzt vielmehr Entlastungsfaktoren voraus, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände aufweisen.

2. Der unbedingte Wunsch des Opfers, getötet zu werden, stellt keinen außergewöhnlichen Umstand im Sinne der Rechtsfolgenlösung dar.

3. Die lebzeitige Einwilligung des Opfers in „beschimpfenden Unfug“ im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB an seinen sterblichen Überresten hat keine rechtfertigende Wirkung.

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 211, 168 Abs. 1

BGH, Urt. v. 6.4.2016 – 5 StR 504/15 – LG Dresden¹

I. Sachverhalt und gerichtliche Entscheidungen

Nach den landgerichtlichen Feststellungen traf sich das spätere Opfer S. nach vorheriger Kontaktaufnahme im Internet mit dem Angeklagten G., um sich von diesem „schlachten und verspeisen“ zu lassen. Der voll schuldfähige G. kam dem Wunsch nach, da er sich seinerseits von der Zerstückelung eines menschlichen Körpers und der Präparation der Genitalien sexuellen Lustgewinn versprach. Zudem nahm er diesen Vorgang mithilfe einer zuvor bereitgelegten Videokamera auf, um sich durch die Aufnahmen der Zerstückelung des Leichnams eine dauerhaft verfügbare sexuelle Stimulanz zu verschaffen. Eine etwaige Störung der Entschließungsfreiheit des S. bei der Zustimmung in seine Tötung und die Behandlung seiner sterblichen Überreste vermochte das Landgericht nicht festzustellen.

Am 1.4.2015 hat es den G. wegen Mordes in Tateinheit mit Störung der Totenruhe zu einer Freiheitsstrafe von acht Jahren und sechs Monaten verurteilt. Eine Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) hat es verneint, da das ausdrückliche und ernstliche Todesverlangen des Opfers für G. nicht handlungsleitend gewesen sei. Dieser habe vielmehr zur Befriedigung des Geschlechtstriebes und zur Ermöglichung einer Störung der Totenruhe (§ 168 Abs. 1 StGB) gehandelt. Von einer Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe gemäß § 211 Abs. 1 StGB hat das Landgericht unter Anwendung der sog.

„Rechtsfolgenlösung“ abgesehen und die Strafe dem gemilderten Strafrahmen entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB entnommen. Begründet hat es dies in erster Linie mit dem „unbedingten Todeswunsch“ des Opfers, der einen „außergewöhnlichen Umstand“ im Sinne der Rechtsfolgenlösung begründet habe und eine Nähe zur Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) herstelle. Angesichts des geringen Strafrahmens des § 216 StGB sei die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe unverhältnismäßig.

Auf die Revisionen des G. und der Staatsanwaltschaft hat der 5. Strafsenat das Urteil aufgehoben und zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Zulasten des Angeklagten beanstandete er unter anderem, dass der Mord und die Störung der Totenruhe entgegen des landgerichtlichen Urteils im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) stünden, da der für die Begehung des § 168 StGB erforderliche vorherige Tod des S. als maßgebliche Zäsur anzusehen sei. Zudem habe das Landgericht die Voraussetzungen der sog. „Rechtsfolgenlösung“ verkannt. Eine Schuldinderung, die die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts als unverhältnismäßig erscheinen ließe, setze Entlastungsfaktoren voraus, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände aufweisen. In Betracht komme dies etwa bei Taten, die durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motiviert, in großer Verzweiflung begangen, aus tiefem Mitleid oder aus „gerechtem Zorn“ auf Grund einer schweren Provokation verübt worden sind oder in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben. Ein derartiger Ausnahmefall notstandsnahe Bedrängnis liege im gegebenen Fall nicht vor. Darüber hinaus ändere auch der Wunsch des Opfers, getötet zu werden, nichts an dem gesteigerten Unwert des Mordes. Angesichts der überragenden Stellung des Rechtsguts Leben in der grundgesetzlichen Werteordnung könne eine Einwilligung bei einer vorsätzlichen Tötung eines Menschen nur unter den engen – vom Landgericht auf der Basis der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei verneinten – Voraussetzungen des § 216 Abs. 1 StGB Bedeutung erlangen und die Tat in einem milderem Licht erscheinen lassen. Angesichts dessen brauche der Senat auch nicht zu entscheiden, ob die tatgerichtliche Einschätzung, S. sei nicht „infolge einer psychischen Erkrankung o.ä. in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt gewesen“, auf einer hinreichenden Prüfung beruhe.

II. Anmerkung

1. Einleitung

Als *Wolfgang Mitsch* die Tat des „Kannibalen von Rotenburg“ in dieser Zeitschrift² als einen der spektakulärsten Kriminalfälle der deutschen Justizgeschichte bezeichnete, war kaum damit zu rechnen, dass bereits eine gute Dekade später eine Tat begangen würde, die diesem „unsäglich abscheulichen“³ Fall im Hinblick auf die Devianz der Beteilig-

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Seite=1&nr=74499&pos=47&anz=594> (6.2.2017).

² Mitsch, ZIS 2007, 197.

³ Kreuzer, MschKrim 2005, 412.

ten und die Komplexität der strafrechtlichen Fragestellungen in nichts nachsteht. Szenarien dieser Art stellen nicht nur aufgrund des ungewöhnlich schädlichen Zusammenwirkens ungewöhnlich seltener Paraphilien der Beteiligten Grenzfälle dar. Auch ihre sachgerechte Bewertung führt tief in die umstrittenen Grenzbereiche des Strafrechts hinein. Sie rühren an den Widerstreit von Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht beim Schutz des Lebens und der Totenruhe, an die Frage eines kollektiven Schutzes der Würde des „Menschen als Gattungswesen“, an die schon transzendente Frage nach der Rechtssubjektivität Verstorbener, und an die Grenzen legitimen Strafens im Hinblick auf den Schutzzweck des § 168 StGB. Vorliegend tritt noch die Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und Inhaltsgrenzen der sog. Rechtsfolgenlösung hinzu, und all dies vollzieht sich vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Reformdebatte um die Tötungsdelikte.

Im Folgenden sollen die beiden nach hiesiger Sicht wichtigsten Punkte der Entscheidung einer vertiefenden Betrachtung unterzogen werden. Zuerst wird der Standpunkt analysiert, wonach die Störung der Totenruhe in Form „beschimpfenden Unfugs“ an einer Leiche nicht durch eine lebzeitige Einwilligung des Opfers gerechtfertigt werden kann. Diese unscheinbare und vom 5. *Senat* nur indirekt getroffene Feststellung wird sich dabei als Brennpunkt der genannten Grenzfragen entpuppen. Anschließend soll auf die wichtige Klarstellung des *Senats* zur Nichtanwendbarkeit der „Rechtsfolgenlösung“ in der vorliegenden Konstellation eingegangen werden.

2. Rechtfertigende Einwilligung des Verstorbenen in § 168 StGB?

Bemerkenswert ist, dass der 5. *Senat* die Verurteilung des G. wegen Störung der Totenruhe nach § 168 Abs. 1 StGB nicht beanstandete und zugleich offenlassen zu können glaubte, ob die vom Tatgericht angenommene Einwilligungsfähigkeit⁴ auf einer hinreichenden Sachaufklärung beruhte. Hierdurch gibt der *Senat* zu erkennen, dass seines Erachtens eine lebzeitige Einwilligung des Opfers der Strafbarkeit aus § 168 Abs. 1 StGB nicht entgegensteht. Darin hat er sich offenbar den Standpunkt des 2. *Senats* im Rotenburger Fall zu Eigen gemacht. Dieser hatte seinerzeit in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur angenommen, dass § 168 Abs. 1 StGB sowohl das Individualrechtsgut des postmortalen Persönlichkeitsrechts als auch das Kollektivrechtsgut „Pietätsgefühl der Allgemeinheit“ schütze.⁵ Bei einem derartigen Zusammentreffen eines einwilligungsfähigen und nicht-einwilligungsfähigen Rechtsguts – so der 2. *Senat* – lasse die Einwilligung die (Gesamt-)Rechtswidrigkeit allenfalls dann entfallen, wenn das nicht-einwilligungsfähige Rechtsgut so unbedeu-

tend erscheint, dass es außer Betracht bleiben darf.⁶ Dies sei jedoch „hinsichtlich des Pietätsgefühls der Allgemeinheit, welches im Hinblick auf die systematische Einordnung der Norm sogar eher als vorrangig angesehen werden kann, nicht der Fall.“⁷ Diese Feststellungen setzen sich jedoch in zweierlei Hinsicht Zweifeln aus. Erstens ist schwer nachvollziehbar, weshalb die Strafbarkeit erst im Falle weitgehender Bedeutungslosigkeit des nicht-einwilligungsfähigen Gutes entfallen soll. Denn beispielsweise wird man auch bereits im Falle annähernder Gleichgewichtigkeit der geschützten Güter zugeben müssen, dass mit dem einwilligungsbedingten Fortfall des Individualguts eine tragende Säule der Strafbegründung wegbricht, und das Restunrecht nicht nur abnimmt, sondern auch ein ganz anderes Gepräge erhält als das vom Gesetzgeber bei der Unrechtsbeschreibung intendierte.⁸ Zweitens legt die zitierte Formulierung des 2. *Senats* nahe, dass er die Wertigkeit des „Pietätsgefühls der Allgemeinheit“ nur relativ in Abwägung mit dem postmortalen Persönlichkeitsrecht bestimmt und sich nicht mit der entscheidenden Frage befasst hat, ob das verbleibende Unrecht überhaupt hinreicht, um die Strafbarkeit noch zu tragen. Nicht zuletzt angesichts des eher geringen Strafrahmens des § 168 Abs. 1 StGB hätte hier Klärungsbedarf bestanden.

Letztlich bedürfen diese Fragen jedoch im Hinblick auf die Störung der Totenruhe keiner Entscheidung, da dieser Tatbestand richtigerweise weder vollständig noch teilweise den Schutz von Individualrechtsgütern des Verstorbenen bezweckt. Einer Rechtfertigung aufgrund lebzeitiger Einwilligung des Verstorbenen ist er daher – auch partiell – nicht zugänglich, und die Entscheidung des 5. *Senats* ist insoweit, jedenfalls im Ergebnis, nicht zu beanstanden. Zur Erklärung dessen muss ein Blick auf den ungemein vielschichtigen Meinungsstreit geworfen werden, der sich um das Schutzgut des § 168 StGB rankt.

a) Hörnle: Schutz „überlebender Rechte“ des Verstorbenen

Prominente Fürsprecherin eines ausschließlich individual-schützenden Verständnisses des § 168 StGB ist *Tatjana Hörnle*, die ihre Position in der Schrift „Grob anstößiges

⁶ Unter Bezugnahme auf BGHSt 5, 66 (68).

⁷ BGHSt 50, 80 (90). Laut BVerfG, Beschl. v. 7.10.2008 – 2 BvR 578/07, Rn. 37 ist diese Auslegung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

⁸ In seiner herrschend angenommenen hybriden Schutzrichtung gleicht § 168 StGB insoweit dem Tatbestand des § 315c StGB, der neben Leib, Leben und Eigentum auch das Kollektivrechtsgut der Sicherheit im Straßenverkehr schützen soll. Dort wird (mit Ausnahme des Sonderfalls einer Einwilligung des Beifahrers) zumeist für möglich gehalten, dass die rechtfertigende Einwilligung des Individualschutzguträgers die Strafbarkeit insgesamt beseitigen kann, siehe *Otto*, Jura 1991, 443 (444 f.); *Graul*, JuS 1992, 321 (325); *Schroeder*, JuS 1994, 846 (847 f.); *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 131. Lfg., Stand: März 2012, § 315c Rn. 22; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 315c Rn. 43.

⁴ Im Urteil als „Entschlussfreiheit“ bezeichnet, siehe BGH, Urt. v. 6.4.2016 – 5 StR 504/15, Rn. 30.

⁵ BGHSt 50, 80 (89) unter Hinweis auf KG NJW 1990, 782 (783); *Czerner*, ZStW 115 (2003), 91 (97); *Dippel*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 10. Aufl. 1988, § 168 Rn. 2.

Verhalten“ entfaltet und mit der Existenz „überlebender Rechte des Verstorbenen“ begründet hat. Eine solche „normative Ausdehnung des Grundrechtsschutzes in den Randbereichen menschlichen Lebens“⁹ stützt *Hörnle* in erster Linie auf lebzeitig gebildete, aber über den Tod hinausreichende („überlebende“) Interessen des Verstorbenen.¹⁰ Gegen den naheliegenden Einwand fehlender Handlungsfähigkeit Toter sichert sie sich dabei mit dem Hinweis ab, dass die aktuelle Unfähigkeit, Interessen zu bilden und durchzusetzen, beim lebenden Menschen die Fähigkeit zur Rechtsträgerschaft nach h.M. nicht hindert (Neugeborene, Komapatienten etc.) und daher auch die Rechtssubjektivität eines Verstorbenen nicht zwingend widerlege.¹¹ Eine Behandlung der sterblichen Hülle, die den – etwa aus testamentarischen Auflagen ersichtlichen – Interessen des Verstorbenen zuwiderlaufen, verletzen daher ihn selbst als Rechtssubjekt. Allerdings ergäbe sich eine schwer erklärbare Schutzlücke, wenn postmortale Rechte ausschließlich auf die zu Lebzeiten real gebildeten Interessen gestützt werden könnten. Denn wenn die Fähigkeit, auch nach dem Tode noch Rechtsträger zu sein, von der Fähigkeit abhinge, zu Lebzeiten zur Interessenbildung fähig gewesen zu sein, dann wäre z.B. Personen der postmortale Schutz verwehrt, die kurz nach der Geburt versterben oder aufgrund schwerster Hirnanomalien zur Interessenbildung zeitlebens unfähig waren. Ihre sterblichen Überreste dürften dann straflos entwendet und beschimpfendem Unfug preisgegeben werden. *Hörnle* vermeidet solche Konsequenzen, indem sie eine zweite Kategorie von Interessen anerkennt, die auch dann postmortale Rechte begründen sollen, wenn eine reale Interessenbildung des individuellen Verstorbenen zu Lebzeiten nicht (nachweislich) erfolgt ist. Da *Hörnle* den strafrechtlichen Schutz von (insbes. religiös-weltanschaulichen) Partikularinteressen strikt ablehnt,¹² kommen für sie insoweit nur universalisierbare Interessen in Betracht, also solche, die „Menschen unabhängig von persönlichen Präferenzen zur individuellen Lebensgestaltung benötigen“¹³. Ein Interesse dieser Art bestehe am postmortalen Schutz der eigenen Menschenwürde, bzw. an der Unterbindung einer postmortalen menschenwürdedwidrigen Behandlung des Leichnams.¹⁴

Die von dieser Auffassung aufgegriffene Idee postmortaler Rechtssubjektivität findet Rückhalt in Formulierungen des BVerfG¹⁵ und des BGH¹⁶ sowie Teilen der Literatur, die sich verschiedentlich der Figur des postmortalen Persönlichkeitsrechts bedient und dabei – explizit oder implizit – die Rechtsträgerschaft des Verstorbenen selbst angenommen haben.¹⁷

⁹ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 163.

¹⁰ *Hörnle* (Fn. 9), S. 162 ff.

¹¹ *Hörnle* (Fn. 9), S. 162 f.

¹² *Hörnle* (Fn. 9), S. 156 (170).

¹³ *Hörnle* (Fn. 9), S. 74 (170).

¹⁴ *Hörnle* (Fn. 9), S. 171 ff.

¹⁵ BVerfGE 30, 173 (196); BVerfG NJW 1994, 783; NJW 2001, 2957 (2959).

¹⁶ BGHZ 143, 214 (220); BGHSt 50, 80 (89 f.).

¹⁷ Vgl. etwa *Buschmann*, NJW 1970, 2081 (2087 f.), mit dem Versuch, unterhalb der „Rechtsfähigkeit“ eine Ebene „allgemeiner Rechtssubjektivität“ zu begründen. Weitere Nachwei-

Auch die Gesetzesmaterialien zu § 168 StGB stehen mit der Annahme postmortaler Rechtsträgerschaft nicht im Widerspruch. Zwar nennt die Begründung des 6. StRG (1998) ausschließlich das Pietätsgefühl der Allgemeinheit und etwaiger Angehörigen als Schutzgut des § 168 Abs. 1 StGB, jedoch wurde im Zusammenhang mit der Einbeziehung der „toten Leibesfrucht“ als tauglichem Tatobjekt durch das 24. StrÄndG (1987) neben dem Pietätsgefühl¹⁸ auch die Menschenwürde genannt, „die auch dem ungeborenen Leben zukommt und über den Tod hinaus fortwirkt.“¹⁹

Gleichwohl setzt sich die Auffassung *Hörnles* Zweifeln aus. Schon die unterstellte Gelöstheit des Menschenwürdeschutzes von religiösen Partikularinteressen ist fragwürdig, da das christliche Menschenbild in unserer säkularen Rechtsordnung nirgends stärker nachhallt als im Begriff der Menschenwürde. *von Soosten* hat dies treffend auf den Punkt gebracht: „Auf die mythologischen Potenzen des Topos Menschenwürde verweisen gleich drei Auskünfte. Die Menschenwürde gilt erstens als nicht nicht-verfügbar, zweitens als nicht-darstellbar und drittens als nicht-verhandelbar. Vonseiten der Theologie wird zur Verteidigung der Menschenwürde gemeinhin auf die Gottesbildähnlichkeit des Menschen verwiesen. [...] In den Dogmatiken des Christentums begegnen die Kennzeichen der Nicht-Verfügbarkeit, der Nicht-Darstellbarkeit und der Nicht-Verhandelbarkeit in den Abteilungen, die der Lehre von Gott gewidmet sind. So gesehen wird man konstatieren müssen: Im Hoheitstitel der Menschenwürde verbirgt sich am Ort der Beratung über den Menschen die diskrete Präsenz von Gottesgeheimnis im Selbstverständnis der säkularen Gesellschaft.“²⁰

Vor diesem Hintergrund kann auch nicht überraschen, dass der Universalitätsanspruch der Menschenwürde nicht zwingend mit den realen Individualinteressen in einer zunehmend heterogen sozialisierten Bevölkerung korrespondiert. Sogar Schutzinteressen aus dem Kernbereich der Menschenwürde können kaum leicht für universalisierbar erklärt werden, so lange z.B. Bevölkerungsteile Nordkoreas in vollkommener Unterwerfung gegenüber einem divinisierten Führer ihre höchste Erfüllung erkennen, oder fremd sozialisierte Frauen sich bereitwillig in Familienstrukturen einfügen, die aus europäischer Sicht einer Versklavung zumindest nahe kommen.²¹ Umso weniger überzeugt die behauptete

se bei *Luther*, Postmortaler Schutz nichtvermögenswerter Persönlichkeitsrechte, 2009, S. 76 ff.; *Hörnle* (Fn. 9), S. 158, Fn. 301.

¹⁸ BR-Drs. 43/2/85, S. 3; BT-Drs. 10/3758, S. 4.

¹⁹ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 1065/68, S. 2, 4.

²⁰ v. *Soosten*, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 297 (305). Vgl. auch *Spaemann*, Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis, 1987, S. 295 (313).

²¹ Vgl. hierzu die Bedenken einiger arabischer und asiatischer Staaten bei den Verhandlungen des IStGH-Statuts, dass die staatliche Duldung bestimmter familienrechtlicher Traditionen aus westlicher Perspektive als ‚imprisonment or other

Universalisierbarkeit des allenfalls im Randbereich der Menschenwürde angesiedelten Interesses an einer menschenwürdigen postmortalen Behandlung. Im Gegenteil deutet der Umstand, dass viele Menschen gar keine Verfügungen für den Umgang mit ihrem toten Körper treffen, eher darauf hin, dass das Schicksal der eigenen sterblichen Überreste oftmals nachrangig ist und jedenfalls kein Interesse bildet, das „Menschen [...] zur individuellen Lebensgestaltung benötigen“.

Vor allem aber erscheint die Idee einer überlebenden Rechtssubjektivität Toter als angreifbar. Unplausibel ist bereits, eine postmortale Rechtsträgerschaft ganz oder teilweise²² auf Art. 1 Abs. 1 GG zu stützen. Denn der eindeutige Wortlaut dieser Vorschrift weist die Menschseigenschaft als hinreichende Mindestbedingung der Menschenwürde aus. Ein Toter aber ist kein Mensch (mehr), worüber in allen anderen rechtlichen Zusammenhängen auch Konsens bestehen dürfte.²³ Damit steht der Normtext des Art. 1 Abs. 1 GG zugleich auch jenen rechtlichen und philosophischen Ansätzen entgegen, die den Begriff der Persönlichkeit²⁴ oder der Person²⁵ vollständig vom Menschbegriff ablösen („Nicht ‚die Person‘, sondern der Mensch stirbt“²⁶) und auf diese Weise in der Lage sind, Achtungspflichten unmittelbar gegenüber der Person des Verstorbenen zu konstruieren.

Über den Wortlaut des Art. 1 GG hinaus aber sprechen auch grundsätzlichere Erwägungen gegen die Rechtsträgerschaft Verstorbener. Zwar ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass die Rechtssubjektivität keine natürliche, sondern eine von der Rechtsgemeinschaft verliehene Eigenschaft darstellt.²⁷ So lange es der Binnenlogik einer Rechtsordnung

severe deprivation of physical liberty‘ (Art. 7 [1] [e] IStGH-Statut) oder „sexual slavery“ (Art. 7 [1] [g] IStGH-Statut) von Frauen angesehen und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit eingestuft werden könnte, siehe *Politi*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, Bd. 1, 2002, S. 464 f.; *Berster*, in: *Kreß* (Hrsg.), *10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht, Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht*, Bd. 5, 2015, S. 319 (328 f.).

²² Vgl. zu der Frage, ob der postmortale Persönlichkeitsschutz ausschließlich auf Art. 1 Abs. 1 GG beruht, oder aus dem aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG abgeleiteten „Muttergrundrecht“ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts abzuleiten ist: *Müller*, *Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener*, 1996, S. 165 (186 f.).

²³ Vgl. auch die Kritik bei *Benda*, *NJW* 2000, 1769 (1771), und *Rüping*, *GA* 1977, 299 (300 f.).

²⁴ *Müller* (Fn. 22), S. 227 ff.

²⁵ *Rehbock*, *Personsein in Grenzsituationen*, 2005, S. 256. Vgl. hierzu die Kritik *Kerstings*, in: *Knoblauch/Esser/Groß/Tag/Kahl* (Hrsg.), *Der Tod, der tote Körper und die klinische Sektion*, 2010, S. 57 (59-62). Näher zum physischen Tod als Ende der (menschlichen) Person auch *Quante*, *Personales Leben und menschlicher Tod*, 2002, S. 119 ff.

²⁶ *Rehbock* (Fn. 25), S. 256.

²⁷ *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 1999 Studienausgabe, S. 124 f. m.w.N.

entspricht, ist sie daher nicht gehindert, Tiere, Pflanzen, Steine – oder eben auch Tote zu Rechtssubjekten zu erheben. In die normative Ordnung des deutschen Rechtssystems lässt sich die Rechtsträgerschaft Verstorbener jedoch nicht leicht hin integrieren. Unsere Rechtsordnung definiert ein subjektives Recht gemeinhin als jene Willensmacht, die dem Einzelnen zum Zwecke der Befriedigung seiner Interessen vom objektiven Recht gewährt wird.²⁸ Diese Definition vereint mit der kantischen Idee der Konkordanz individueller „Willkür-“ bzw. Freiheitssphären und dem *Jhering'schen* Interessengedanken zwei tragende Säulen einer Rechtsidee, die die gesamte Rechtsordnung durchwaltet und nicht ohne Weiteres modifiziert werden kann. Im Gegenteil wäre eine gute Begründung vonnöten, wenn die Freiheit Einzelner durch Pflichten gegenüber Entitäten beschränkt werden soll, die zu einer realen Willens- und Interessenbildung nicht in Lage sind.²⁹ Soll gar – wie im vorliegenden Falle – eine strafbewehrte Pflicht gegenüber dem bloßen Residuum eines ehemaligen Menschen begründet werden, von dem überdies feststeht, dass es zur Bildung und Trägerschaft von Willen und Interessen dauerhaft und vollständig unfähig ist,³⁰ so sind an die Begründung besonders hohe Anforderungen zu stellen. Die von den Befürwortern der Rechtsträgerschaft Verstorbener vorgebrachten Argumente bleiben hinter diesen Bedingungen jedoch weit zurück. Neben der nicht hinreichenden Feststellung, dass ausweislich der Rechtsträgerschaft von Neugeborenen und Komapatienten die Unfähigkeit zur Willens- und Interessenbildung die Annahme der Rechtsfähigkeit nicht hindert³¹ kommen sie nicht wesentlich über vage Postulierungen wie diejenige hinaus, dass man es mit einer „Wertentscheidung des Grundgesetzes“³² zu tun habe, oder „[d]ie Gesamtheit eines menschlichen Lebens [...] durch das nachträgliche Einfügen negativer Elemente geschädigt werden“³³ könne.

Insgesamt erscheint die Zuschreibung eigener Rechtssubjektivität an Verstorbene daher als begründungsschwache Fiktion.³⁴ Damit aber bildet sie eine noch fragwürdigere Le-

²⁸ *Luther* (Fn. 17), S. 67 f.; *Eneccerus/Nipperdey*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 15. Aufl. 1959, § 71; *Kaufmann*, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, S. 90.

²⁹ Ebenso *Luther* (Fn. 17), S. 77.

³⁰ Vgl. *Luther* (Fn. 17), S. 71 (78).

³¹ Kritisch auch *Luther* (Fn. 17), S. 78 f.

³² *BGH JZ* 1968, 699.

³³ *Hörnle* (Fn. 9), S. 164 m.w.N.

³⁴ Ebenso *Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, S. 182-189. Entsprechend zur Rechtsgutsbestimmung bei § 189 StGB *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 189 Rn. 2: „In einem rationalen Strafrechtssystem kann eine tote Person keine aktualisierbare ‚Ehre‘ mehr haben, deren Verletzung mit staatlicher Strafe zu ahnden wäre.“ Dies bedeutet keinesfalls, dass sich mit dem Todeseintritt ein „radikaler ontologischer Absturz der Person zu Sache“ vollzöge. So aber *Birnbacher*, in: *Stefenelli* (Hrsg.), *Körper ohne Leben*, 2002, S. 927. Näher liegt es, den Leichnam als Rückstand der gewesenen Person in Kontinuität mit den Verstehens- und Deu-

gitimationsgrundlage der Strafbarkeit nach § 168 StGB, als das zwar ebenfalls schwer greifbare und von Hörnle verworfene,³⁵ aber doch jedenfalls real existierende Phänomen des kollektiven Pietätsempfindens, das nun näher betrachtet werden soll.

b) „Gefühlsschutzlehre“: Schutz des Pietätsempfindens der Allgemeinheit und/oder Angehöriger

Das Pietätsempfinden der Allgemeinheit und/oder etwaiger Angehöriger³⁶ wird von der tradierten³⁷ und wohl noch herrschenden³⁸ „Gefühlsschutztheorie“ als kollektives Schutzgut des § 168 StGB identifiziert. In den letzten Jahrzehnten ist diese Auffassung jedoch zunehmend unter Druck geraten.

Hörnle tritt ihr mit der Einwendung entgegen, ein strafrechtlicher Gefühlsschutz sei mit der Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar. Um die schwerwiegende Sanktion der Kriminalstrafe in Grenzen zu halten, seien unter „Rechten anderer“ i.S.d. Vorschrift nur vernünftige, verallgemeinerbare, dauerhafte und gewichtige Interessen anderer zu verstehen.³⁹ Unangenehme Gefühle aber unterfielen diesem Interessenbegriff ebenso wenig wie die (bisweilen zu gesellschaftlichen „Tabus“ verdichteten) konventionellen Moralvorstellungen, auf deren Verletzung solche Gefühle häufig beruhen.⁴⁰ Diese Kritik ist in der Tendenz sicher begrüßenswert. Eine kategorische Aussonderung von Gefühlen als legitimem Schutzzweck des Strafrechts erscheint jedoch als zu weitgehend. Zweifelhaft ist bereits die von Hörnle vorausgesetzte Abgrenzbarkeit von Rationalität und Emotionalität, nachdem der Vernunft-Gefühl-Dualismus naturwis-

senschaftlich unplausibel geworden ist.⁴¹ Hinzu kommt, dass die der Kritik zugrunde liegende Abwertung emotionaler Interessen gegenüber „vernünftigen“ Interessen selbst einen (fragwürdigen) Bestandteil konventioneller europäischer Moral bildet.⁴² Diesen Satz konventioneller Moral aufrechtzuerhalten und für das Strafrecht nutzbar zu machen, anderen jedoch die strafrechtliche Relevanz abzusprechen, haftet ein Willkürverdacht an. Darüber hinaus zeigen Beispiele des geltenden Strafrechts, dass die Strafbegründung derzeit ohne die Berücksichtigung von Gefühlsverletzungen aufgrund sozialmoralwidrigen Verhaltens nicht auskommt. So entscheidet etwa die sozialetische Missbilligung eines unbeabsichtigten Provokationsverhaltens über die Grenzen der Notwehr und somit über die Strafbarkeit des Provokateurs,⁴³ und Merkmale wie die des „Ärgernisses“ in § 183a StGB und der „Belästigung“ in § 183 StGB dürften ohne Anleihen bei gesellschaftlichen Moralvorstellungen schwerlich konkretisierbar sein. Und schließlich bestünde auch bei Anerkennung eines bestimmten Rahmens emotionaler Integrität als legitimem Schutzgut des Strafrechts die Möglichkeit, einer Ausuferung des Strafrechts mithilfe einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung entgegenzuwirken.

Gleichwohl wird man die Verfassungsmäßigkeit von ausschließlich auf den Gefühlsschutz abzielenden Straftatbeständen aufgrund des ultima-ratio-Prinzips auch hier von einer guten Begründung abhängig machen müssen, die die Vertreter einer reinen Gefühlsschutztheorie jedoch im Hinblick auf den § 168 Abs. 1 StGB schuldig geblieben sind.⁴⁴ Über dieses Begründungsdefizit hinaus bieten auch die inhaltliche Unschärfe der Gefühlsschutztheorie und, damit einhergehend, die erheblichen Schwankungen in der Reichweite der Norm Anlass zu Kritik.⁴⁵

Die letzteren Einwände gegen die Gefühlsschutztheorie wiegen schwer, lassen sich jedoch möglicherweise durch den Ansatz des 2. *Strafsenats* im Rotenburger Fall ausräumen. Dort hatte der *Senat* versucht, die frei schwebende Gefühlsschutztheorie auf das Fundament der Menschwürde zu gründen. Das Pietätsempfinden der Allgemeinheit im Hinblick auf den Umgang mit Toten wurzele letztlich im Bewusstsein der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinauswirkenden Würde, worunter nicht nur die Würde der jeweili-

tungsprozessen zu Lebzeiten wahrzunehmen und zu beurteilen; so Esser, Person oder Sache? Zum moralischen Status des menschlichen Leichnams, Vortrag vom 2.2.2010 in Marburg, S. 14.

³⁵ Hörnle (Fn. 9), S. 367 ff.; dies., in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 168 Rn. 1.

³⁶ Gegen die vor allem von Teilen der Rspr. (OLG Frankfurt NJW 1975, 272; KG NJW 1990, 782) vertretene Variante der Gefühlsschutztheorie, die ausschließlich auf den Schutz des Pietätsempfindens der Angehörigen abstellt, wird z.T. eingewendet, dass § 168 StGB auch dann verwirklicht werden könne, wenn Angehörige gar nicht vorhanden sind oder die Tathandlungen von Angehörigen selbst vorgenommen werden (Fischer [Fn. 34], § 168 Rn. 2; Hörnle [Fn. 35], § 168 Rn. 1). Diese Einwände sind jedoch zirkulär.

³⁷ Vgl. bereits die Motive zum Entwurf des preußStGB (1847) in Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät, 1890, S. 21; Binding, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 184; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl. 1925, S. 356.

³⁸ Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), Vorbem. §§ 166 ff. Rn. 2.

³⁹ Hörnle (Fn. 9), S. 52 (74).

⁴⁰ Hörnle (Fn. 9), S. 81 (84).

⁴¹ So die Kernthese von Damasio (Descartes' Irrtum – Fühlen, Denken und das menschliche Gehirn, 5. Aufl. 2007, passim).

⁴² Hastedt, Gefühle – Philosophische Bemerkungen, 2005, S. 26.

⁴³ BGHSt 42, 97 (101). Ebenso z.B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 380; Schünemann, JuS 1979, 275 (279); wohl auch Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 88. A.A. Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 32 Rn. 59 m.w.N.

⁴⁴ Dies gilt freilich nicht für Autoren, die sich um die Sichtbarmachung der hinter dem Schutz des Pietätsempfindens stehenden, eigentlichen Gründe bemühen, wie z.B. Rüping, GA 1977, 299 (302): „Brauchtum des Totenkults“.

⁴⁵ Rüping, GA 1977, 299; Kubiciel, JA 2005, 763 (766): „diffuser Topos“.

gen Person, sondern die des Menschen als Gattungswesen zu verstehen sei. Die Würde aber verbiete Behandlungen der sterblichen menschlichen Überreste, die die Subjektsqualität des Menschen prinzipiell in Frage stellen.⁴⁶ Diese Begründung bringt vier Vorteile mit sich. Zunächst verleiht sie dem allzu unscharfen Begriff des Pietätsgefühls eine stärkere Kontur, indem die Kasuistik der Menschenwürdeverletzungen und Hilfsmittel wie die bekannte „Objektformel“ zur inhaltlichen Bestimmung herangezogen werden können. Zweitens benennt sie mit der Menschenwürde ein Schutzgut, dessen Tauglichkeit als Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit über jeden Zweifel erhaben ist. Drittens findet sie einen Anhaltspunkt im Normtext, da das Merkmal „beschimpfend“ einen Angriff auf den in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnden Achtungsanspruch der Person nahelegt. Und viertens liefert sie eine Begründung für die systematische Stellung des § 168 StGB im 11. Abschnitt, der sich „auf Religion und Weltanschauung“ bezieht, da – wie gesagt – im Begriff der Menschenwürde in besonders hohem Maße moral- und mythenologische Elemente mitschwingen.

Trotz dieser Vorzüge wird jedoch auch die Lösung des 2. *Senats* bei näherer Betrachtung zweifelhaft. Zunächst ist auch hier einzuwenden, dass eine Leiche als schlichter Rückstand eines verloschenen Menschen aus den genannten Gründen als Träger eigener Würde nicht mehr betroffen sein kann. In Betracht kommt daher allenfalls noch eine Würdeverletzung „des Menschen schlechthin“, also ein Angriff auf die Menschenwürde als Kollektivrechtsgut. In der Tat scheint sich auch der 2. *Senat* auf diesen kollektiven Aspekt zu beziehen, soweit er von der „Würde des Menschen als *Gattungswesen*“⁴⁷ spricht. Einer kollektiven Dimension der Menschenwürde ist jedoch mit Vorsicht zu begegnen. Zunächst ist zumindest zweifelhaft, ob das von ihren Befürwortern in Bezug genommene Urteil des Bundesverfassungsgerichts korrekt verstanden wurde. Nach hiesigem Verständnis läge es näher, die einschlägige Passage⁴⁸ als Betonung der besonderen Eigenschaften des Individualguts der Menschenwürde zu verstehen, nämlich seiner unbedingten Geltung, Unentziehbarkeit und Unverfügbarkeit. Vor allem aber spricht gegen die Erhebung „des Menschen“ zum Kollektivsubjekt der Menschenwürde die Gefahr, dieses Kollektivrechtsgut auch dann zur Rechtfertigung von Eingriffen aller Art in Individualrechte zu nutzen, wenn die Würde von Individuen gar nicht betroffen ist und keinen Schutz erfordert. *Neumann* hat diese

Gefahr plastisch als „Tyrannei der Würde“ gebrandmarkt.⁴⁹ Aus diesen Gründen erweist sich die Menschenwürde als letztlich ungeeignet, um einem Kollektivschutzgut „Pietätsgefühl“ die benötigte Kontur zu verleihen. Damit aber bleibt auch dieses Schutzgut insgesamt zu unbegründet und vage, um den Tatbestand des § 168 Abs. 1 StGB zu rechtfertigen.

c) Schutz des „öffentlichen Friedens“

Eine beachtliche Gegenansicht sieht den „öffentlichen Frieden“ als von § 168 StGB geschütztes Gut an,⁵⁰ also den objektiven Zustand allgemeiner Rechtssicherheit, verbunden mit dem subjektiven Bewusstsein der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben.⁵¹ Als gestört wird der öffentliche Friede allgemein dann angesehen, wenn eine allgemeine Beunruhigung mindestens eines zahlenmäßig nicht unbeträchtlichen Bevölkerungsteils eintritt.⁵² Mit Blick auf § 168 StGB ist durchaus vorstellbar, dass straflose „Schändungen“ von Leichen, Grab- und Gedenkstätten – entsprechend medial verbreitet – das Gefühl von Normsicherheit großer Bevölkerungsteile beeinträchtigen und gar zu Maßnahmen der Selbstjustiz Anlass geben könnten. Gegen das Schutzgut des „öffentlichen Friedens“ lässt sich auch nicht überzeugend geltend machen, dass es sich hierbei um eine „scheinrationale Fassade“ handele, hinter der sich im Ergebnis eine Gleichsetzung von moralischen und rechtlichen Normen verberge.⁵³ Denn in ihrer praktischen psychologischen Bedeutung als erlernte Verhaltensregeln unterscheiden sich moralische von rechtlichen Normen nicht. Weiten Teilen der Bevölkerung ist im Grenzbereich von Moral und Recht der Unterschied weder spürbar noch bewusst, und so kann sich eine ausbleibende staatliche Bekräftigung „nur“ sozialetisch fundierter Normen durchaus zu einer Krise subjektiver und objektiver Rechtssicherheit auswachsen. Es wäre jedoch kaum nachvollziehbar, die strafrechtliche Beseitigung eines Normgeltungsschadens z.B. bei einem einzelnen Diebstahl für legitim zu halten, das Strafrecht aber für unzuständig zu erklären, wenn eine massenhafte Destabilisierung des allgemeinen Normgeltungsbewusstseins droht, das zwischen Sozialmoral und Recht nicht klar unterscheidet und daher geradezu zwin-

⁴⁶ BGHSt 50, 80 (89).

⁴⁷ BGHSt 50, 80 (90) unter Verweis auf BVerfGE 87, 209 (228), *Hervorhebung durch Verf.?*

⁴⁸ BVerfGE 87, 209 (228): „Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann. Selbst durch ‚unwürdiges‘ Verhalten geht sie nicht verloren.“

⁴⁹ *Neumann*, ARSP 84 (1998), 153 (157); *ders.*, in: Klug/Kriele (Hrsg.), *Menschen und Bürgerrechte*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 33, 1988, S. 143 ff. Kritisch auch *Kubiciel*, JA 2005, 763 (765 f.); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, 55. Lfg., Stand: Mai 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 32. Offen gelassen von BayVGH, Urt. v. 27.11.2012 – 15 BV 09.2719, Rn. 32; allgemein zur missbräuchlichen Verwendung vager Kollektivrechtsgüter *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 10.

⁵⁰ *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 44 Rn. 55; *Fischer* (Fn. 34), § 168 Rn. 2; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 2. Aufl. 1984, § 64 Rn. 1.; *Rudolphi/Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 58. Lfg., Stand: September 2003, § 168 Rn. 2.

⁵¹ Zur h.M. vgl. *Fischer* (Fn. 34), § 126 Rn. 3.

⁵² *Fischer* (Fn. 34), § 126 Rn. 3.

⁵³ So aber *Hörnle* (Fn. 9), S. 107.

gend auf das Recht übergreifen wird. Trotzdem bleibt der öffentliche Friede aufgrund seiner inhaltlichen Unschärfe,⁵⁴ der unklaren Abgrenzung zur öffentlichen Sicherheit⁵⁵ und der schwierigen empirischen Feststellbarkeit eines Unsicherheitsgefühls der Bevölkerung⁵⁶ ein problematisches Schutzgut mit hohem Missbrauchspotential. Speziell als Schutzgut des § 168 StGB spricht zudem systematisch (wenngleich nicht zwingend) gegen ihn, dass § 168 StGB anders als § 166 StGB gerade keine Eignung zur Friedensstörung verlangt. Auch in den Gesetzesbegründungen zu § 168 StGB spielte der Schutz des öffentlichen Friedens keine Rolle.⁵⁷ Im Gegenteil hat sich der Gesetzgeber im Rahmen der Neufassung im Zuge des 6. StrRG intensiv mit den gestiegenen Gefahren beschimpfenden Unfugs im Rahmen rechtsextremistischer Ausschreitungen befasst – was eine Erweiterung des Schutzzrahmens auf Aspekte des öffentlichen Friedens nahe gelegt hätte – aber gleichwohl ausdrücklich festgestellt, dass geschütztes Rechtsgut (nur) das Pietätsempfinden der Angehörigen und der Allgemeinheit sei.⁵⁸

Weiteren Bedenken setzt sich schließlich auch die spezielle Variante *Rogalls* zum friedensschützenden Zweck des § 168 StGB aus. Danach gelte der Strafschutz „der uralten gesellschaftlichen Norm, dass der Friede der Toten und ihrer Grab- und Gedenkstätten zu wahren ist. An der Erhaltung dieser Norm besteht ein öffentliches Interesse, das auf den Erhalt der durch die Norm konstituierten gesellschaftlichen Gestalt gerichtet ist. Verletzungen der Norm gefährden diese Gestalt; sie stören in diesem Sinne den öffentlichen Frieden.“⁵⁹ Die „Gestalt“ einer Gesellschaft aber ist kein Selbstzweck, und die Schutzwürdigkeit der sie konstituierenden Sozialmoral ist keine Selbstverständlichkeit. Hieran ändert auch der Hinweis auf das Alter der betroffenen Normen nichts, da eine zeitenüberdauernde Normstabilität zwar die Tragfähigkeit ihrer Gründe indizieren mag, die Benennung und Bewertung dieser Gründe aber nicht ersetzt.

Insgesamt sollte daher auch der öffentliche Friede nicht als Schutzgut des § 168 StGB angenommen werden.

d) Vorschlag: Schutz ungestörter Auseinandersetzung mit Trauer und Vergänglichkeit

Nachdem keine der vorgenannten Auffassungen überzeugen konnte, soll nun ein eigener Vorschlag angefügt werden. Eine Zusammenschau der Begehungsvarianten des § 168 StGB zeigt, dass sich alle genannten Schutzobjekte auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen. Es handelt sich durchweg um Objekte, Sachen und Stätten, die dem Menschen in besonderem Maße Gelegenheit geben, zum einen seine Trauer um Verstorbene zu verarbeiten, zum anderen aber auch sich der eigenen Sterblichkeit bewusst zu werden. Diese beiden Aspekte weisen den Weg zu zwei potentiellen Schutzgütern

⁵⁴ Fischer, NStZ 1988, 162.

⁵⁵ Hörnle (Fn. 9), S. 92 ff.; Fischer, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 383.

⁵⁶ Hörnle (Fn. 9), S. 102.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 62, 342 (346).

⁵⁸ BT-Drs. 13/8587, S. 22 f.

⁵⁹ Rudolphi/Rogall (Fn. 50), § 168 Rn. 2.

des § 168 StGB, die gegenüber den Vorgenannten deutliche Vorteile mit sich brächten.

aa) Psychische Gesundheit der Trauernden

In erster Linie sollte die psychische Gesundheit der um einen verstorbenen Menschen oder eine tote Leibesfrucht Trauernden als Schutzgut erwogen werden. Mit einem vielbeachteten Aufsatz unter dem Titel „Trauer und Melancholie“⁶⁰ eröffnete Sigmund Freud vor rund 100 Jahren eine bis heute andauernde Debatte⁶¹ um die Pathologie der Trauer um Verstorbene. Gegenwärtig geht die Psychiatrie davon aus, dass Trauer als solcher kein Krankheitswert zukommt.⁶² Im Gegenteil scheint der Tod eines vertrauten Menschen das einzige kritische Lebensereignis zu sein, für welches uns in Gestalt des Trauerns ein angeborenes Bewältigungsformat zur Verfügung steht, so dass Trauern nicht nur als Ausdruck eines Verlustes, sondern zugleich bereits als Teil seiner Bewältigung anzusprechen ist.⁶³ Die Gefahr psychischer Erkrankungen besteht jedoch dann, wenn Störfaktoren das Abtrauern des seelischen Schmerzes erschweren oder vereiteln. Die in solchen Fällen drohenden krankhaften Symptomaten werden z.T. unter den Begriffen der „traumatischen Trauer“ und der „komplizierten Trauer“ zusammengefasst.⁶⁴ Zu den verhältnismäßig gut erforschten und besonders pathogenen Störungen der Trauerverarbeitung zählt das Fehlen des Leichnams und, damit einhergehend, das Fehlen eines Ortes und einer Form des geordneten Abschiednehmens.⁶⁵ Es ist daher nicht fernliegend, in der unberechtigten Wegnahme der sterblichen Überreste einen Angriff auf die psychische Gesundheit der Trauernden zu erkennen. Gleiches lässt sich für die Begehungsweise des „beschimpfenden Unfugs“ annehmen. Auch normale Trauerprozesse sind von starken Gefühlen der Traurigkeit und Sehnsucht sowie einen Trennungsschmerz gekennzeichnet, der nicht selten als körperlicher Schmerz erfahren wird.⁶⁶ Dies sorgt auf Seiten des Trauernden für eine typischerweise stark erhöhte Empfindlichkeit gegenüber Unfughandlungen, die für die Psyche emotional Unbeteiligter

⁶⁰ Freud, Sigmund Freud, Gesammelte Werke, Bd. 10, 2. Aufl. 2001, S. 428-446.

⁶¹ Einen Überblick mit weiterführender Literatur liefert Wagner, Komplizierte Trauer, 2013, S. 5 ff.

⁶² Metz, Psychotherapie-Wissenschaft 1 (2011), 177 (178).

⁶³ Znoj, Komplizierte Trauer, Fortschritte der Psychotherapie, 2004, S. 2; Metz, Psychotherapie-Wissenschaft 1 (2011), 177 (178).

⁶⁴ Metz, Psychotherapie-Wissenschaft 1 (2011), 177 (182 f.); Wagner (Fn. 61), S. 14 ff.

⁶⁵ Wagner (Fn. 61), S. 41; Frick, Psychosomatische Anthropologie, 2. Aufl. 2005, 6.8.; speziell im Zusammenhang mit nicht gefundenen Toten aus dem World Trade Center nach dem Terroranschlag vom 11.9.2001: Boss, Family Process 41 (2002), 14. Eine indirekte Bestätigung finden diese Erkenntnisse auch in Studien, in denen sich das Abschied-Nehmen-Können vom (aufgebarhten) Verstorbenen als besonders wichtig für eine erfolgreiche Trauerarbeit erwiesen hat (z.B. Plenter/Uhlmann, PflGe 2000, 82 [87]).

⁶⁶ Wagner (Fn. 61), S. 2.

harmlos sein mögen, für den Trauernden jedoch die Gefahr eines pathologischen Trauerverlaufs begründen können.

bb) Störungsfreier Raum für Auseinandersetzung mit der eigenen Sterblichkeit

Neben der Absicherung des Trauerprozesses kommt zudem die ungestörte Auseinandersetzung des Menschen mit seiner Vergänglichkeit als Schutzgut in Betracht. § 168 StGB böte danach also eine geschützte Sphäre des Memento mori, einen Raum für die Vergegenwärtigung der Vanitas.⁶⁷ Diese Schutzgutbestimmung ist weniger exotisch, als sie auf den ersten Blick erscheinen mag. Verschiedene Vorschriften des geltenden Strafrechts dienen der Abschirmung der Privat- und Intimsphäre (z.B. §§ 123 f., 201a ff., § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB), und auch für den strafrechtlichen Schutz der inneren Auseinandersetzung mit einem bestimmten Thema in einem örtlich-situativ bestimmten Kontext gibt es in Gestalt der Störung der Religionsausübung gemäß § 167 StGB ein Vorbild. Der enge systematische Zusammenhang mit § 167 StGB darf dabei als Hinweis auf die Richtigkeit der hier vorgenommenen Rechtsgutsbestimmung gedeutet werden. Zudem erfüllt das Individualinteresse an ungestörter Auseinandersetzung mit der Endlichkeit des Lebens die oben zitierten, von *Hörnle* für den strafrechtlichen Interessenschutz entwickelten Legitimationskriterien der Universalisierbarkeit, Dauerhaftigkeit und Gewichtigkeit.⁶⁸ Das Gewicht des Interesses an ungestörter Auseinandersetzung mit dem Thema der eigenen Endlichkeit folgt dabei aus der wohl selbstevidenten überragenden Bedeutung des Themas selbst: Für das Individuum bildet die Endlichkeit des Daseins den Grund der persönlichen Lebensplanung und Anlass fortwährender Infragestellung des der Lebensführung zugrunde liegenden Sinnhorizonts,⁶⁹ in der Kulturwissenschaft gilt sie als Hauptgenerator verschiedenster menschlicher Kulturleistungen,⁷⁰ in der Staatstheorie *Hobbes*' wird die Todesangst zum Hauptgrund für die Legitimierung einer lebensschützenden Staatsgewalt und das menschliche Leben zum Höchsten aller Rechtsgüter,⁷¹ und in der Rechtsphilosophie *Forsts* bildet die Endlichkeit des Menschen gar den Grund der Anerkennung als Person und damit den Urgrund des Rechts selbst.⁷² Aus kontinuierlicher Todes-

gewissheit entspringend ist das Interesse an der Auseinandersetzung mit der eigenen Endlichkeit zudem auch dauerhafter Natur. Zur Bekräftigung dessen mag hier der Hinweis auf die Erkenntnis *Heideggers* genügen, dass das „Noch-Nicht“ des Todes konstitutives Element des Daseins ist, und das Leben selbst bereits ein „Sein zum Tode.“⁷³ Und als Beleg für die Universalisierbarkeit des Interesses sei schließlich darauf verwiesen, dass Menschen zu allen Zeiten und in allen Kulturen die Erkenntnis der eigenen Vergänglichkeit durch (zumeist religiöse) Transzendenzideen und -rituale zu verarbeiten gesucht haben.⁷⁴

Schließlich lässt sich die „ungestörte Auseinandersetzung mit der Endlichkeit“ als Schutzgut des § 168 StGB möglicherweise auch noch mit einer weiteren Begründung untermauern, die sicherlich einer vertiefenden Spezialuntersuchung bedürfte, hier aber zumindest angedeutet sein soll. Bemerkenswerterweise findet sich im deutschen Strafrecht trotz seiner Grundausrichtung auf den (subsidiären) Rechtsgüterschutz eine Vielzahl von Wertungen, die sich nicht auf die Pflichtwidrigkeit der Täterhandlung und den angerichteten Schaden beziehen, sondern an die zur Tathandlung motivierenden Charakterdispositionen anknüpfen. Historisch gesprochen dürfte es sich dabei um Rudimente der von der griechischen Antike über die Kirchenväter und Scholastik bis zur frühen Neuzeit dominierenden Tugendethik⁷⁵ handeln, die – von der deontologischen Ethik *Kants* und *Hegels* überstrahlt – dort wieder auflebt, wo eine puristisch freiheitstheoretische Strafbegründung dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung nicht auszureichen scheint. Augenfällig sind tugendethische Elemente im Bereich der Strafzumessung und Strafvollstreckung, wo die Bewertung der Motive und Charakterdispositionen des Täters einen entscheidenden Gesichtspunkt für das Maß der Strafe und die zur Resozialisierung erforderlichen Schritte bilden. Aber auch bei der Strafbegründung spielen sie eine Rolle, wobei sie freilich oft als mit dem Tatstrafrecht schwer vereinbare Störfaktoren wahrgenommen werden. Zu denken ist vor allem an die im Strafgesetzbuch verstreuten Motiv- und Gesinnungsmerkmale, welche die klassischen Untugenden oder „Hauptlaster“⁷⁶ auffällig unverändert reflektieren. Die niedrigen Beweggründe „Habgier“ und „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ des § 211 Abs. 2 StGB etwa finden eine exakte Vorlage in den scholastischen Untugenden der Habsucht (*avaritia*) und Wollust/Genussucht

⁶⁷ Ähnlich *Dippel* (Fn. 5), § 168 Rn. 2, (geschütztes Rechtsgut sei neben dem Pietätsempfinden auch die „Ehrfurcht vor dem Tode“).

⁶⁸ Das vierte von *Hörnle* geforderte Kriterium der „Vernünftigkeit“ des Interesses wird hier aus den oben genannten Bedenken ausgespart. Zudem dürften sich kaum verallgemeinerbare, dauerhafte und gewichtige Interessen finden, die nicht zugleich auch das Vernunftskriterium erfüllten.

⁶⁹ Ähnlich *Bihrer/Franke-Schwenk/Stein*, Endlichkeit – Endlichkeit, Zur Vergänglichkeit und Begrenztheit von Mensch, Natur und Gesellschaft, S. 9 (16).

⁷⁰ *Assmann*, Tod, Jenseits und Identität, Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Thanatologie, 2002, S. 12.

⁷¹ *Bihrer/Franke-Schwenk/Stein* (Fn. 69), S. 9 (18).

⁷² *Forst*, in: Gosepath (Hrsg.), Motive, Gründe, Zwecke, Theorien praktischer Rationalität, 1999, S. 168; *ders.*, in: Brunkhorst/Köhler/Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschen-

recht, Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, 1999, S. 66 ff.

⁷³ *Heidegger*, Sein und Zeit, 2006, S. 245.

⁷⁴ *Wunn*, Die Kunde N.F. 60, 2009, S. 293 (301); vgl. auch *Bihrer/Franke-Schwenk/Stein* (Fn. 69), S. 9 (16).

⁷⁵ Einen guten Überblick liefert *Hübner*, Einführung in die philosophische Ethik, 2014, S. 99 ff.

⁷⁶ Die sieben „Hauptlaster“ bilden die negative Entsprechung des besonders wirkmächtigen Tugendkatalogs Papst Gregor des Großen aus dem Jahre 604, der die vier Kardinaltugenden Platons (Weisheit, Tapferkeit, Mäßigung, Gerechtigkeit) mit den drei theologischen Tugenden (Glaube, Hoffnung, Liebe) verband.

(luxuria).⁷⁷ Die Nichtberücksichtigung stenischer Affekte im Rahmen des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) entspricht der klassischen Beurteilung des Zorns (ira) als Untugend. Zum Teil werden tugendethische Gesichtspunkte auch in der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale sichtbar, wie etwa in der (die Wortlautgrenze strapazierenden) Auslegung des Vermögensschadens beim Spendenbetrug. Dort wird in der Verfehlung eines philanthropischen Zwecks ein Schaden gesehen, um die Mildtätigkeit (also in christlich-tugend-ethischer Terminologie die Tugend der caritas) des gutgläubigen Spenders strafrechtlich zu schützen. Umgekehrt erkennt die Rechtsprechung bei der „grausamen“ Mordbegehung ein besonderes Unwertelement in der „unbarmherzigen Gesinnung“ des Täters – also im Fehlen der caritas. Ob diese bereits vorhandenen tugendethischen Anleihen im Strafrecht in concreto hilfreich oder schädlich sind mag hier dahinstehen. Sie bieten jedoch jedenfalls Anlass zu der allgemeinen Frage, ob sich tugendethische Elemente überhaupt in mit dem Tatstrafrecht verträglicher Weise für die Beurteilung der Strafbarkeit fruchtbar machen lassen. Mindestens zwei Ansatzpunkte erscheinen überlegenswert.

Erstens könnten tugendethische Gesichtspunkte das Legitimationsdefizit zu mildern helfen, das sich im deutschen Strafrecht durch die stetig fortschreitende Tendenz zur Vorfeldkriminalisierung aufbaut. Da der Gesetzgeber hier faktisch bereits ein „Tugendstrafrecht“ betreibt, indem er schädliche Neigungen pönalisiert, lange bevor diese zu schädlichen Handlungen avancieren, mag erwogen werden, bei den entsprechenden Tatbeständen neben einem greifbaren Schutzbedürfnis von Rechtsgütern die Existenz einer tugendethisch zu missbilligenden Motivation als zusätzliche Legitimationsvoraussetzung von Strafe einzufordern.⁷⁸

Zweitens könnten tugendethische Gesichtspunkte auch zur Erklärung und Legitimation von Tatbeständen hilfreich sein, die bestimmte Verhaltensweisen vor Störungen Dritter schützen. Dies kommt immer dann in Betracht, wenn die geschützten Verhaltensweisen nicht nur der Wahrnehmung individueller Freiheits- oder Teilhaberechte dienen, sondern zusätzlich die Ausbildung tugendhafter Charakterdispositionen befördern. Hier lassen sich die tugendethischen Wertungen problemlos in den präventiven Rechtsgüterschutz integrieren und führen zu einer doppelten freiheitstheoretischen Legitimation des Tatbestands: Zum einen, soweit es um den Schutz des ausgeübten Freiheits- oder Teilhaberechts geht, zum anderen aber auch insoweit, als tugendhafte Menschen weniger Neigung haben, in die Freiheitssphäre anderer einzubrechen. Auch dieser (höchst) abstrakten Gefahr wirkt ein strafrechtlicher Tugendenschutz entgegen.

Die letztere Überlegung lässt sich an § 168 StGB explizieren, wobei in Ermangelung einer modernen strafrechtli-

chen Tugendlehre⁷⁹ vorläufig an den klassischen Tugendkatalog angeknüpft werden soll. Ausgehend von der Annahme, dass § 168 StGB den Schutz unbeträchtiger Auseinandersetzung mit der eigenen Sterblichkeit bezweckt, lässt sich unter den klassischen Tugenden leicht diejenige bestimmen, deren Ausbildung durch das geschützte Verhalten gefördert wird: Demut (humilitas). Also nach Auskunft des Philosophischen Wörterbuchs *Schischkoffs* jene „Tugend, die aus dem Bewusstsein unendlichen Zurückbleibens hinter der erstrebten Vollkommenheit (Gottheit, sittliches Ideal, erhabenes Vorbild [hier: Unsterblichkeit, Anm. d. Verf.]) hervorgehen kann.“⁸⁰ Dass die aus Einsicht in die eigene Endlichkeit gewonnene Charakterdisposition der humilitas kriminogenen Neigungen wie Selbstherrlichkeit, Habgier, Neid etc. entgegenwirken kann, dürfte jenseits der z.T. christlich-theologischen Wurzeln dieses Denkens auch psychologisch-naturwissenschaftlich plausibel sein, womit ein etwaiger Vorwurf mangelnder weltanschaulicher Neutralität fernliegt. Folgt man dem, so kann das hier vorgeschlagene Schutzgut für sich in Anspruch nehmen, im genannten Sinne zweifach legitimiert zu sein.

cc) Vorteile der vorgeschlagenen Lösung

Die hier vorgeschlagene doppelte Schutzrichtung des § 168 StGB – Schutz der psychischen Integrität Trauernder und der Vergegenwärtigung menschlicher Endlichkeit – besitzt gegenüber den oben genannten Schutzgutbestimmungen mehrere Vorzüge. Zunächst benennt sie mit der Gefahr psychischer Erkrankungen Trauernder den „berechtigten Kern“ des Schutzguts „Pietätsgefühl“. Sie stellt sich insoweit nicht gegen den historischen Willen des Gesetzgebers, sondern ermöglicht lediglich die benötigte Präzisierung dieses allzu unklaren Schutzguts. Zugleich bietet sie mit der gesteigerten Empfindlichkeit der Opfer eine Erklärung für die im Allgemeinen kaum strafwürdige Begehung von Unfughandlungen. Der vorgeschlagene Ansatz erklärt auch zwanglos die Verortung des § 168 StGB im 11. Abschnitt des StGB, da der stets höchstpersönliche und intime Zugang des Menschen zu seiner Endlichkeit und zur Trauerverarbeitung typischerweise eine metaphysische Dimension religiöser oder areligiös-welt-

⁷⁷ Vgl. zu diesen Lastern etwa *Albertus Magnus*, in: Schneyer (Hrsg.), *Recherches de théologie ancienne et médiévale* 36, 1969, S. 105 (127 f.).

⁷⁸ Bisweilen hat der Gesetzgeber die Motivation des Täters in solchen Fällen bereits selbst in Gestalt von Absichtsmerkmalen berücksichtigt – vgl. z.B. § 89b Abs. 1 StGB.

⁷⁹ Soweit erkennbar, ist die in der Philosophie zur Zeit zu beobachtende Renaissance der Tugendethik (vgl. insbes. *MacIntyre*, *Der Verlust der Tugend*, 6. Aufl. 2014, passim; *Nussbaum*, *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, 1999, S. 227 ff., z.T. verbunden mit Absage an die deontologischen Entwürfe der Aufklärung) in die deutsche Strafrechtswissenschaft bislang nicht vorgedrungen.

⁸⁰ *Schischkoff*, *Philosophisches Wörterbuch*, 22. Aufl. 1991, S. 125. Vgl. zur zentralen Bedeutung der humilitas bei *Augustinus v. Hippo* und der gewandelten Bedeutung bei *Thomas v. Aquin: Metz*, *Die Architektonik der Summa Theologiae des Thomas von Aquin*, 1998, S. 58 f.; *Ernst*, in: Speer (Hrsg.), *Thomas von Aquin: Die Summa Theologiae*, 2005, S. 343 ff.

anschaulicher Natur einschließt.⁸¹ Und schließlich kommt der Ansatz ohne die zweifelhafte Fiktion der Rechtsträgerschaft Toter aus und vermeidet die inhaltlichen Unklarheiten des Schutzguts „öffentlicher Friede“.

e) Ergebnis

Als erstes Ergebnis der Betrachtung der von dem Ausgangsfall aufgeworfenen Grenzfragen lässt sich demnach festhalten, dass § 168 StGB nicht den Schutz von Individualinteressen des Verstorbenen bezweckt, sondern eine Schutzsphäre der Überlebenden für die Bearbeitung ihrer Trauer und die Befassung mit der eigenen Endlichkeit schaffen soll. Für eine Rechtfertigung der Störung der Totenruhe durch vorherige Einwilligung des Verstorbenen ist daher – ebenso wie nach den hier abgelehnten Theorien des Gefühls- und Friedensschutzes – mangels Verfügungsbefugnis kein Raum. Obwohl der *Senat* nicht klar zu erkennen gegeben hat, weshalb er einer etwaigen Einwilligung des Opfers in spätere Handlungen nach § 168 StGB keine rechtliche Bedeutung beimisst, hat er also jedenfalls im Ergebnis richtig geurteilt.

3. Aspekte zur Rechtsfolgenlösung

Jenseits der vor allem rechtstheoretisch bedeutsamen Fragen rund um § 168 StGB liegt die größte praktische Bedeutung des Urteils in der Betonung und Konkretisierung der hohen Hürden für die Abmilderung der für Mord vorgesehenen Punktstrafe „Lebenslänglich“ in eine zeitige Freiheitsstrafe entsprechend § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dieser als „Rechtsfolgenlösung“ bekannte richterrechtliche Kunstgriff taumelt auf dem schmalen Grat zwischen verfassungsrechtlich verbotener Gesetzeskorrektur und verfassungsrechtlich gebotener Wahrung des Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzips⁸² und scheidet schon deshalb – worauf der *Senat* treffend hinweist – als Allheilmittel für minder schwere Fälle des Mordes aus. Ob die Ablehnung der Rechtsfolgenlösung jedoch auch im vorliegenden Fall auf einer zutreffenden Beurteilung der Schuld des Angeklagten beruhte, bedarf näherer Untersuchung.

a) Ernstliches Todesverlangen als unrechtmindernder Faktor

Fragwürdig erscheint vor allem, dass der *Senat* die potentiell entlastende Wirkung des einwilligungsähnlichen Todesverlangens des Opfers in die Tötung lediglich mit der Begründung ablehnt, dass dieses für den Täter G. nicht handlungsleitend gewesen sei und es somit an den Voraussetzungen des § 216 Abs. 1 StGB gefehlt habe. Mit dieser Feststellung scheint sich der *Senat* der alten, heute kaum noch vertretenen Auffassung angeschlossen zu haben, wonach die Privilegierung nach § 216 StGB allein in der Schuldinderung infolge

Mitleidsmotivation des Täters ihren Grund findet.⁸³ Heute wird demgegenüber ganz überwiegend angenommen, dass der gegenüber § 212 Abs. 1 StGB geringere Strafraum zumindest auch,⁸⁴ wenn nicht gar ausschließlich⁸⁵ auf einer Unrechtminderung infolge der Einwilligung des Opfers in die Tötung beruht. Die Richtigkeit dieser Auffassungen verdeutlicht folgende Überlegung. Im Ausgangspunkt ist zu vergegenwärtigen, dass jeder Freiheitsgebrauch mit einem Freiheitsverzicht einhergeht. So liegt etwa in der Entscheidung, aus allen in einer Situation möglichen Körperbewegungen eine bestimmte auszuwählen und auszuführen, eine Persönlichkeitsentfaltung, die alle anderen Formen der Persönlichkeitsentfaltung durch andere Körperbewegungen in derselben Zeitspanne notwendig ausschließt. Persönlichkeitsentfaltung bedeutet somit nichts anderes als fortlaufender Verzicht auf Freiheitspotentiale zugunsten konkreter Handlungen und Zwecksetzungen. Ähnliches gilt für die Nutzung derjenigen Objekte und Gegebenheiten, die der Gesetzgeber als „Rechtsgüter“ strafrechtlichem Schutz unterstellt. Denn auf dem Boden eines liberalen oder personalen Rechtsgutsverständnisses sind unter Rechtsgütern in erster Linie solche Gegebenheiten und Zwecksetzungen zu verstehen, die dem Menschen zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit dienen.⁸⁶ Soweit der Träger sein Rechtsgut also zugunsten konkreter Manifestationen seiner Persönlichkeit freiverantwortlich preisgibt, realisiert er das in dem Rechtsgut gespeicherte Freiheitspotential. Er „tauscht“ die Integrität des Schutzguts gegen ein Stück Selbstverwirklichung⁸⁷ und handelt insoweit dem gesetzlichen Schutzzweck nicht zuwider, sondern verwirklicht ihn geradezu. Rechtlich und moralisch ergeben sich daher keine Probleme, so lange das Rechtsgut nicht über den Akt der Selbstverwirklichung hinaus beansprucht wird und sogleich für weitere Akte der Persönlichkeitsentfaltung zur Verfügung steht. Problematisch wird es jedoch, wenn Akte der Persönlichkeitsverwirklichung die persönlichen Schutzgüter dergestalt schädigen, dass ihre Nutzung für künftige Akte der Persönlichkeitsentfaltung eingeschränkt oder unmöglich wird. In diesen Fällen kommt es zu einem Konflikt

⁸¹ Vgl. BVerfGE 62, 342: „Das Gefühl für die Majestät des Todes besteht auch bei denen, die keiner Religionsgemeinschaft angehören.“

⁸² Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Figur siehe *Mitsch*, ZIS 2007, 197 (202) m.w.N.

⁸³ Vgl. z.B. v. *Lilienthal*, in: *Aschrott/v. Liszt* (Hrsg.), *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, Bd. 2, 1910, S. 265 (273).

⁸⁴ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), § 216 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 216 Rn. 1, jeweils m.w.N.

⁸⁵ *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 216 Rn. 1; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 216 Rn. 2, jeweils m.w.N.

⁸⁶ *Marx*, *Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“*, 1972, S. 62; *Ingelfinger*, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, 2004, S. 42; *Roxin* (Fn. 49), § 2 Rn. 7, 11. Das Rechtsgut „Leben“ beispielsweise zielt auf den Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung durch Sicherung ihrer biologischen Grundlage (ähnlich *Ingelfinger* [a.a.O.], S. 203 [205]).

⁸⁷ Ähnlich *Ingelfinger* (Fn. 86), S. 203 (205).

zwischen dem Interesse an gegenwärtiger Selbstverwirklichung einerseits und künftiger Selbstverwirklichung andererseits. Soweit dabei Selbstschädigungen in Rede stehen, sind diese für den Rechtsgutsträger selbst allenfalls moralisch zu missbilligen⁸⁸ und für Teilnehmer nur in Ausnahmefällen strafrechtlich relevant.⁸⁹ Besteht der Akt der Selbstverwirklichung hingegen in einer freiverantwortlichen Einwilligung in die Schädigung durch einen Dritten, so interveniert das Strafrecht und zieht eine rote Linie dort, wo bleibende Schädigungen für Rechtsgüter drohen, die für die weitere Persönlichkeitsentfaltung von eminenter Bedeutung sind – also in erster Linie das Leben (arg. e § 216 StGB), aber auch zentrale Körperfunktionen (§ 228 StGB⁹⁰). Diese kurze Betrachtung erhellt, dass jeder strafbaren Tötung aufgrund ernstlichen Verlangens eine Abwägung widerstreitender Interessen zugrunde liegt, bei der sich im Kern⁹¹ das subjektive Interesse des Sterbewilligen an gegenwärtiger Persönlichkeitsentfaltung und sein – nach Auffassung des Gesetzgebers hier ausnahmsweise vorzugswürdiges – objektives Interesse an künftiger Persönlichkeitsentfaltung gegenüberstehen. Schon daraus folgt, dass das freie Einverständnis des Opfers das Gesamtunrecht der Tötung auf Verlangen jedenfalls um denjenigen Anteil mindert, der auf das Opferinteresse an gegenwärtiger Selbstverwirklichung (hier: in Form des Getötetwerdens) entfällt. Diese Unrechtsminderung aber tritt ersichtlich unabhängig davon ein, ob der Täter durch Mitleid mit dem Sterbewilligen zur Tat motiviert wurde oder anderen Beweggründen folgt. Der Senat hätte die Einbeziehung eines ernstlichen Todesverlangens als unrechtsmindernden Faktor also nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, es habe am Mitleidsmotiv gemäß § 216 Abs. 1 StGB gefehlt.⁹²

⁸⁸ Vgl. etwa zum Suizid und zur Selbstverstümmelung: *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, Ethische Elementarlehre, 1990, §§ 5 f.

⁸⁹ Vgl. zum einen den neugeschaffenen § 217 StGB, zum anderen die vereinzelt vertretene Ansicht, dass die (versuchte) Selbsttötung nur entschuldigt ist und somit eine teilnahmefähige Haupttat darstellt: *Schmidhäuser*, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 801; *Bringewat*, ZStW 87 (1975), 623 (645 ff.); anders die h.M. – statt Vieler: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 1 Rn. 16 ff.

⁹⁰ So die Auslegung des § 228 StGB nach der herrschenden „Schweretheorie“ (näher *Roxin* [Fn. 49], § 13 Rn. 40 ff.).

⁹¹ Nicht verschwiegen werden soll, dass Individualrechtsgüter auch eine – untergeordnete – kollektive Schutzrichtung aufweisen („Janusköpfigkeit“ der Individualrechtsgüter – vgl. *Ingelfinger* [Fn. 86], S. 41 m.w.N.), soweit durch ihre Verletzung eine Minderung der Normgeltungskraft und ein Achtungsverlust vor dem betroffenen Schutzgut drohen (*Ingelfinger* [Fn. 86], S. 41 f. m.w.N.).

⁹² Auch das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil zum Rotenburger Fall zu erkennen gegeben, dass ein Einverständnis des Opfers in seine Tötung auch dann für die Tat- und Schuldangemessenheit der Strafe von Bedeutung bleibt, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 216 Abs. 1 StGB

b) Würdeverletzender Zweck des Todesverlangens – Ausschluss der Unrechtsminderung?

Dem Todeswunsch des S. ließe sich allenfalls dann jegliche unrechtsmindernde Wirkung absprechen, wenn das Schutzgut Leben unter den vorliegenden Umständen einer Disposition durch seinen Träger nicht nur relativ (im Sinne der geschilderten Unrechtsminderung), sondern ausnahmsweise absolut entzogen war. Das einzige Individualrechtsgut jedoch, dem die Qualität absoluter Unverfügbarkeit und Unverlierbarkeit zugesprochen wird, ist die Menschenwürde. Zu erwägen wäre also, ob die Verletzung des Lebens so eng mit einer Würdeverletzung verquickt sein kann, dass die absolute Unverfügbarkeit der Würde auf das Rechtsgut Leben übergreift und die „relative“ Verfügbarkeit des Lebens in Gestalt der Unrechtsminderung blockiert, und ob es sich vorliegend um einen solchen Fall handelt. Aus Sicht derer, die auch Verstorbene noch als taugliche Träger der Menschenwürde ansehen, läge eine solche enge Verbindung hier nahe. Denn nach den landgerichtlichen Feststellungen sollte die Tötung aus Sicht des Opfers keinem anderen Zweck als der Verwirklichung einer Phantasie dienen, die mit der postmortalen Menschenwürde unvereinbar ist. In dieselbe Richtung argumentieren auch *Momsen* und *Jung* mit der Feststellung, dass einem ungehemmten Wertrelativismus die Tür geöffnet würde, wenn jeder subjektiv erstrebte Zweck die Grundlage eines ernstlichen Todesverlangens bilden könnte.⁹³

Gleichwohl kann auf Basis der hier vertretenen Auffassung die absolute Unverfügbarkeit der Menschenwürde schon deshalb nicht auf das Todesverlangen übergreifen, da sich der Sterbewillige S. zum Zeitpunkt der Zerstückelung seiner Leiche bereits ausgehaucht hatte. Für einen Verstoß gegen den individualschützenden Aspekt der Menschenwürde fehlte es daher an einem tauglichen Rechtssubjekt.⁹⁴ Übrig bliebe somit nur, den Umgang mit der Leiche als Verletzung eines der „Gattung Mensch“ zugewiesenen Kollektivrechtsguts der Menschenwürde einzuordnen. Die Konstruktion der Menschenwürde als Kollektivrechtsgut ist jedoch aus den bereits

nicht erfüllt sind (BVerfG, Beschl. v. 7.10.2008 – 2 BvR 578/07, Rn. 39): „[...] Auch die Erwägung, die lebenslange Freiheitsstrafe sei im Fall des Beschwerdeführers trotz des Einverständnisses tat- und schuldangemessen, weil der Beschwerdeführer aus eigensüchtigen Motiven heraus gehandelt und keine Reue für seine Tat gezeigt, vielmehr nach der Tat sofort nach weiteren Opfern gesucht habe, zeugt nicht von einer Verkennung verfassungsrechtlicher Grundsätze, zumal das Landgericht der Mitwirkung des Opfers durchaus Rechnung getragen hat, indem es gerade im Hinblick hierauf von der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld abgesehen und unter anderem aus diesem Grund das Vorliegen des weiteren Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe verneint hat.“

⁹³ *Momsen/Jung*, ZIS 2007, 162 (163) mit dem Hinweis, auch die Rspr. neige zu dem Standpunkt, dass eine bewusste Entäußerung der Menschenwürde die Ernstlichkeit des Verlangens in Frage stellt.

⁹⁴ Siehe oben II. 2. a).

genannten Gründen⁹⁵ ebenfalls abzulehnen. Auch die absolute Unverfügbarkeit der Menschenwürde steht also der unrechtsmindernden Wirkung eines ernstlichen Todesverlangens des Opfers S. nicht entgegen. Damit bleibt es dabei, dass die Nichtberücksichtigung der (etwaigen) Unrechtsminderung durch den 5. Senat fehlerhaft war.

c) Erfüllung mehrerer Mordmerkmale als schulderhöhender Faktor

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die potentielle Unrechtsminderung infolge ernstlichen Todesverlangens im vorliegenden Fall durch die schuldsteigernde Erfüllung eines zweiten Mordmerkmals wohl mehr als ausgeglichen worden wäre. Dafür spricht vor allem, dass die Erfüllung mehrerer Mordmerkmale in ständiger Rechtsprechung bei der Feststellung der „besonderen Schwere der Schuld“ gem. § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB Berücksichtigung findet, wodurch die Mindestverbüßungsdauer auf über 15 Jahre angehoben wird. Es ist daher nur naheliegend, die Erfüllung eines zweiten Mordmerkmals auch auf die gleichgelagerte Frage zur Anwendung zu bringen, ob der Strafraum an § 211 Abs. 1 StGB oder ausnahmsweise an § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bemessen ist. Die Außerachtlassung der Unrechtsminderung kraft Todeswunsch wird hierdurch im Ergebnis „geheilt“ und hat sich daher nicht im Urteil niederschlagen.

d) Konspirative Willensbindung mit dem Opfer als schuldneutraler Faktor

Daran ändert sich auch nichts durch den – vom Senat ebenfalls unberücksichtigt gelassenen – Umstand, dass der Tatablauf hier zwischen den Beteiligten vereinbart war und das Opfer den G. nach den landgerichtlichen Feststellungen sogar zur Umsetzung drängte. Hierin mag zwar eine unrechtsmindernde Mitzuständigkeit des Opfers für seinen Tod zu erkennen sein. Auch kann die mit der festen Verabredung zur Tat eingetretene faktische Willensbindung einen psychischen Zwangsfaktor darstellen, der die Entschlusskraft des G. zur Abstandnahme von der Tat beeinträchtigt haben mag. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Gesetz die besonderen Risiken der Eingehung konspirativer Willensbindungen – auch in der hier vorliegenden Form des Sich-Bereit-Erklärens des G. – als so gravierend einordnet, dass es sie in § 30 Abs. 2 StGB sogar mit eigenständiger Strafbarkeit belegt hat.⁹⁶ Selbst wenn die Mitzuständigkeit des S. und der von der geschlossenen Vereinbarung ausgehende psychische Druck entlastende Faktoren bildeten, würden diese also jedenfalls durch die besonders hohe rechtliche Missbilligung der Bereitschaftserklärung des G. neutralisiert.

e) Ergebnis

Auch die zweite der beiden zentralen Fragen hat der Senat also im Ergebnis richtig entschieden. Selbst wenn das Opfer

freiverantwortlich den Tod verlangt hätte, ließe sich in der Gesamtbilanz keine Schuldminde rung des Täters G. feststellen, die ein verfassungsrechtlich gebotenes Absehen von der einfachgesetzlich vorgesehenen Strafe rechtfertigen könnte.

Angefügt sei jedoch der Hinweis, dass die Strafbarkeit des G. wegen Mordes vorliegend nur dann nicht von der Tötung auf Verlangen gesperrt wird, wenn man das Erfordernis eines (hier fehlenden) Mitleidsmotivs in den Tatbestand des § 216 Abs. 1 StGB hineinliest. Ob dies richtig ist, erscheint zweifelhaft, soll in diesem Beitrag jedoch offen bleiben.

4. Schlussbemerkung

Schlussendlich bleibt vor allem festzustellen, dass der 5. Strafsenat in den beiden wesentlichen Rechtsfragen dieses außergewöhnlichen Falles trotz teils fehlender, teils fehlerhafter Begründung im Ergebnis richtig entschieden hat. Darüber hinaus hat die Untersuchung ergeben, dass keine der gängigen Auffassungen zum Schutzgut der „Störung der Totenruhe“ vollends überzeugt und es der weiteren Diskussion bedarf. Als Impuls mag insoweit die hier vorgestellte These dienen, nach der § 168 StGB auf die störungsfreie Auseinandersetzung mit der Trauer um Verstorbene und mit der eigenen Vergänglichkeit gerichtet ist. Eine Nebenerkenntnis dieses Beitrags ist ferner, dass das deutsche Strafrecht tugendethische Einschlüsse aufweist, deren systematische Erfassung und Fortentwicklung einen sinnvollen Beitrag zur Erklärung und Begrenzung von Strafbarkeit leisten könnten. Mit Blick auf die sog. Rechtsfolgenlösung lässt sich zudem festhalten, dass zwar auch ein für die Tötungsmotivation des Täters irrelevantes (ernstliches) Todesverlangen des Opfers zu einer Unrechtsminderung führt, diese jedoch durch die Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale wieder ausgeglichen wird. Abschließend ist noch Bedauern darüber zum Ausdruck zu bringen, dass sich die Rechtsprechung mit der als letzten Notanker entwickelten Rechtsfolgenlösung auch noch 35 Jahre nach ihrer Schöpfung durch den Großen Senat beschäftigen muss. Dies gemahnt einmal mehr an die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte. Auf Basis der von der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte im vergangenen Jahr vorgelegten Vorschläge, die Rechtsfolgenlösung mitsamt ihrer engen Voraussetzungen zu positivieren und als Privilegierung auszugestalten,⁹⁷ wäre der Fehler des Landgerichts zweifellos unterblieben. So mag denn diese Entscheidung weiteren Anlass bieten, mit der Reform der §§ 211-213 StGB zügig voranzuschreiten.

Akad. Rat a.Z. Dr. Lars Berster, Köln

⁹⁷ Vgl. aus dem Bericht der vom BMJV beauftragten Expertengruppe die Vorschläge von Deckers/Grünwald/König/Safferling, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, § 212 StGB-E Totschlag, S. 90; näher hierzu Grünwald, Reform der Tötungsdelikte, 2016; Dölling (a.a.O.), § 213 StGB-E Minder schwerer Fall des Totschlags, S. 95; Ignor (a.a.O.), § 213 StGB-E Minder schwere Fälle, S. 98; Rissing-van Saan (a.a.O.), § 212 StGB-E Totschlag, S. 110; Schneider (a.a.O.), § 212 Abs. 3 StGB-E Totschlag, S. 114.

⁹⁵ Siehe oben II. 2. b).

⁹⁶ Vgl. Schönemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 30 Rn. 3, 11 m.w.N.