

Entscheidungsanmerkung

Bedingter Tötungsvorsatz

Zur „Hemmschwellentheorie“ bei Tötungsdelikten. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 15, 211

BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11 (LG Saarbrücken)¹

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Entscheidung des 4. Senats kommt trotz ihres wenig aussagekräftigen Leitsatzes erhebliche Bedeutung zu. Mit deutlichen Worten räumt sie aus dem Wege, was in den vergangenen 30 Jahren zu Unrecht im Rahmen der Abgrenzung von bedingt vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung reüssiert hatte und gar als „Theorie“ verkannt worden war, wo es sich doch in Wahrheit bestenfalls um eine Mahnung zur sorgfältigen Arbeit am Sachverhalt, aber niemals um eine ernsthafte Theorie gehandelt hat: die sog. „Hemmschwellentheorie“.² Sie wurde bislang in der universitären wie praktischen Fallbearbeitung gerne als Sonderweg im Rahmen der Tötungsdelikte missverstanden, wie es *Mühlbauer* im Schlusssatz seiner einschlägigen Monographie treffend ausgedrückt hat: „Vor dem Tötungsvorsatz steht zwar eine Hemmschwellentheorie, eine Hemmschwelle jedoch nicht.“³ Das Urteil des Senats enthält deshalb – auch für die juristische Ausbildung – eine wichtige Richtigstellung.

Ihm lag ein gar nicht ungewöhnlicher, zudem vordergründig rechtlich eindeutig erscheinender Sachverhalt zu Grunde: Der Angeklagte hatte sich wegen versuchten Mordes und anderem⁴ vor dem Schwurgericht zu verantworten. Nach den Feststellungen der Schwurgerichtskammer hatte es in einer Diskothek Streit zwischen dritten Personen gegeben, in den sich sowohl der Angeklagte (mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,58 ‰) als auch der Nebenkläger, sein späteres Opfer, einmischten. Schließlich kam es zwischen Angeklagtem und Nebenkläger zu wechselseitigen Beleidigungen; der Angeklagte schlug dem Nebenkläger ins Gesicht, bevor Türsteher die zwei Streitenden trennten. Nach einer etwa 20-

minütigen Unterbrechung lebte die Auseinandersetzung vor der Diskothek erneut auf; diesmal schlug nach beiderseitigen Beleidigungen der Nebenkläger dem Angeklagten ins Gesicht. Wiederum gingen die Türsteher dazwischen. Kurze Zeit später griff der Nebenkläger den Angeklagten ein weiteres Mal an und schlug ihm erneut ins Gesicht. Es entwickelte sich jetzt eine Rangelei, bei welcher sich der Angeklagte als der körperlich Unterlegene erwies. Aber auch nun trennten wieder die herbeigeeilten Türsteher die Kampfhähne. Während der Angeklagte zunächst davonging, gesellte sich der Nebenkläger in Begleitung eines Freundes zu einer an einem Taxenstand versammelten Gruppe.⁵

Nach etwa einer Viertelstunde kam der Angeklagte plötzlich hinter einer Ecke hervor, lief von hinten auf den nichtsahnenden Nebenkläger zu und stach diesem mit den Worten „Verreck, Du Hurensohn“ ein Messer mit einer elf cm langen Doppelklinge so heftig in den Rücken, dass die achte Rippe durchtrennt wurde. Der Nebenkläger brach mit einem lebensgefährlichen Hämatothorax⁶ zusammen – er konnte nur durch eine unmittelbar anschließende Notoperation gerettet werden –, während sein Begleiter den Angeklagten zu überwältigen vermochte.⁷

Angesichts dieses Geschehens hätte vermutlich jeder unbefangene Beobachter eine Verurteilung wegen versuchten Mordes erwartet. Völlig überraschend verneinte das Schwurgericht indes einen Tötungsvorsatz des Angeklagten. Gegen einen solchen stünden der Umstand des nur einen einzigen vom Angeklagten ausgeführten Messerstiches sowie seine nicht unerhebliche Alkoholisierung. Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der sog. „Hemmschwellentheorie“ sah das Schwurgericht „im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten einen Tötungsvorsatz als nicht mit letzter Sicherheit erwiesen an“⁸ und verurteilte ihn nur wegen der verbleibenden gefährlichen Körperverletzung.⁹ Diese Beweiswürdigung hielt der Senat für unzureichend, weshalb er das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin aufhob und die

¹ Veröffentlicht in NJW 2012, 1524, und NStZ 2012, 384; ferner abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d817971a78c0c0f4db850393e47978e9&nr=59883&pos=5&anz=43>; Bespr. von *Jahn*, JuS 2012, 757; von *Heintschel-Heinegg*, JA 2012, 632; *Puppe*, JR 2012, 477.

² Vgl. *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 212 Rn. 10, 14 (in hohem Maße vage mit logisch-systematisch unklarer Verortung).

³ *Mühlbauer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, 1998, S. 184.

⁴ Wegen eines weiteren, offenbar weniger gravierenden (und daher hier nicht zu besprechenden) Vorfalls war er noch wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt worden.

⁵ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 6.

⁶ Hämatothorax heißt in diesem Fall: Durch den Messerstich drang Luft in den Raum zwischen Rippen- und Lungenfell, in welchem Unterdruck herrscht, wodurch die Lunge überhaupt nur in ihrem normalen, aufgeblähten Zustand bleiben kann und nicht in sich zusammenfällt. Infolge der Eröffnung dieses Raumes und des nun fehlenden Unterdrucks kollabierte der eine Lungenflügel; zugleich füllte sich der entstandene Spalt mit Blut. Ohne notärztliche Versorgung wäre das Opfer vermutlich innerlich verblutet; ein Ersticken drohte jedenfalls nicht unmittelbar, weil der andere Lungenflügel intakt blieb.

⁷ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 7 f.

⁸ Zitat aus dem Urteil des Schwurgerichts nach BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24.

⁹ Die Gesamtfreiheitsstrafe betrug fünf Jahre und einen Monat, wobei das Urteil nicht mitteilt, welche Einzelstrafe für die gefährliche Körperverletzung verhängt worden war. Außerdem wurde der Angeklagte zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) verurteilt.

Sache an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des LG zurückverwies.

II. Versuchte Tötung

1. Mordversuch

Angesichts des Tatgeschehens war – wie in der gutachterlichen Bearbeitung in Klausur oder Hausarbeit – vorrangig ein versuchter Mord zu erörtern. Dazu tritt in jedem Fall eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB.

Als Mordmerkmale kamen Heimtücke¹⁰ (überraschender Angriff von hinten nach vermeintlich abgeschlossener vorheriger Auseinandersetzung) und niedrige Beweggründe¹¹ in Betracht, wobei man für die letzteren und die dazu erforderliche Gesamtwürdigung¹² in der Entscheidung des *Senats* noch zu wenig über die Gemütslage des Angeklagten erfährt. Immerhin war dieser vor dem Dolchstoß seinerseits zweimal vom körperlich überlegenen Nebenkläger attackiert worden und diesem am Ende unterlegen, was er offenbar als demütigend empfand. Das rechtfertigt seine Reaktion zwar in keiner Weise, mag sie aber – möglicherweise – wenigstens als menschlich noch nachfühlbar erscheinen lassen¹³ und damit eine Wertung als „nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe stehen[d]“¹⁴ hindern.

Die Verneinung eines versuchten Tötungsdelikts (gleichgültig, ob man es nun als Mord- oder Totschlagsversuch einstuft) blieb angesichts der Tatumstände überhaupt nur an zwei Stellen theoretisch vorstellbar: beim Tötungsvorsatz und infolge eines etwaigen Rücktritts vom Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB). Dabei liegt, um es vorweg zu nehmen, ein freiwilliger Rücktritt eher fern. Zum einen erscheint schon ein noch unbeendeter Versuch¹⁵ angesichts der massiven Gewaltanwendung und ihrer sofort sichtbaren Wirkung fragwürdig, zum anderen fehlte es jedenfalls an der Freiwilligkeit eines Verzichts auf weitere Messerstiche, nachdem das Einschreiten des Begleiters des Nebenklägers weiteren Angriffen auf diesen im Wege stand.¹⁶

¹⁰ Zu den Anforderungen an Heimtücke siehe *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 123 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 43 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 4 Rn. 23 ff.

¹¹ Dazu näher *Heghmanns* (Fn. 10), Rn. 220 ff.; *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 16 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 10), § 2 Rn. 37 ff.

¹² BGHSt 35, 116 (127); 47, 128 (130); BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 24; *Heghmanns* (Fn. 10), Rn. 225; *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 16.

¹³ Vgl. die nicht unähnliche Situation in BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 36; ferner *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 17.

¹⁴ BGHSt 3, 132 (133); 47, 128 (130).

¹⁵ Bei Annahme eines beendeten Versuchs fehlte es an der erforderlichen aktiven Rücktrittshandlung des Angeklagten.

¹⁶ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

2. Der Nachweis bedingten Tötungsvorsatzes

Die im Ergebnis alleinige Schaltstelle zwischen Tötungsversuch in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung einerseits oder bloßer gefährlicher Körperverletzung andererseits lag daher angesichts der Fallgestaltung tatsächlich bei der Frage nach einem (bedingten) Tötungsvorsatz. Wenn dazu in universitären Strafrechtsklausuren oft „mundgerechte“ Informationen über die jeweilige Tätervorstellung geliefert werden (z.B.: „Dabei nahm er den Tod des Opfers billigend in Kauf“), so spiegelt dies eine Klarheit vor, die in der Realität allzu häufig Utopie bleibt. Sieht man einmal vom – eher seltenen – Exemplar des vollständig Geständigen ab, steht der Richter regelmäßig einem entweder bestreitenden („Den Tod des Nebenklägers habe ich nicht gewollt und ich habe nicht einmal gedacht, er könne an dem Stich sterben, ich wollte ihm doch nur eine Lehre erteilen“) oder einem gänzlich schweigenden Angeklagten gegenüber.¹⁷ In beiden Fällen (und manchmal auch in Klausuren, so ist zur Ehrenrettung mancher Aufgabensteller zu sagen, die auch in universitären Klausuren auf unrealistische Beschreibungen der Tätervorstellungen verzichten) ist man deshalb darauf verwiesen, aus dem objektiv sichtbaren Geschehen auf die verborgene subjektive Tätervorstellung zur Tatzeit rückzuschließen.

Diese Notwendigkeit besteht dabei völlig unabhängig davon, welche konkreten Anforderungen an einen bedingten Vorsatz man aus den zahlreichen, zu seiner Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit entwickelten Theorien ableiten will. Im Kern geht es dabei um die Fragen nach einer Berechtigung und ggf. nach einer präzisen Beschreibung des voluntativen Vorsatzelementes, das man etwa als Billigung, Ernstnahme oder Gleichgültigkeit definieren mag, während das Erfordernis eines kognitiven Elements (das Erkennen der Todesgefährlichkeit des eigenen Verhaltens) heute unbestritten ist. Diese Vorfrage der Definition des bedingten Vorsatzes führt aber für die folgende eigentliche Subsumtionsleistung zu keinen wesentlichen methodischen Unterschieden: Was auch immer für einen bedingten Vorsatz im Einzelnen verlangt wird, seine Existenz in der Tätervorstellung bleibt aus den objektiven Tatumständen zu folgern. Deshalb soll an dieser Stelle auch auf eine eingehendere Darstellung der divergierenden Vorsatztheorien verzichtet und den folgenden Überlegungen der Einfachheit halber diejenige Definition des bedingten Vorsatzes zu Grunde gelegt werden, welche auch der *Senat* und mit ihm ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums vertritt. Danach handelt bedingt vorsätzlich, wer die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und dennoch handelt, wobei er den Erfolgseintritt zwar vielleicht nicht gutheißt, aber bereit ist, ihn um seiner eigentlichen Handlungsziele willen notfalls in Kauf zu nehmen.¹⁸

¹⁷ Wie es im konkreten Fall war, ist nicht bekannt; geständig war der Angeklagte jedenfalls nicht.

¹⁸ BGHSt 7, 363 (369); BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 und 6; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 299 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 26 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 27.

Hat man hierzu keine (oder nur ungläubhafte) Äußerungen des Angeklagten, so erlaubt wie gesagt allein sein Verhalten zur Tatzeit Aufschlüsse darüber, ob er während des Messerstichs eine derartige Haltung zum möglichen Tode seines Opfers einnahm. Im vorliegenden Fall waren dies, wie der *Senat* betont, insb. die Wucht des Messerstichs und seine Stoßrichtung, die eine tödliche Wirkung objektiv nahelegten.¹⁹ Ob auch der Angeklagte diese potenzielle Tödlichkeit erkannt hatte (kognitives Vorsatzelement), müsste nun erwogen werden. Handelt es sich um einen intellektuell normal entwickelten Menschen, so bestehen daran zunächst einmal keine prinzipiellen Bedenken. Situativ hinderte ihn an der Wahrnehmung seiner Handlung und ihrer möglichen Folgen allenfalls seine Alkoholisierung, die aber zu unerheblich erscheint, um seine Wahrnehmungsfähigkeiten in einem Maße herabzusetzen, welches ihn (im Sinne des kognitiven Vorsatzelementes) gehindert hätte, sein Handeln intellektuell ausreichend zu erfassen, zumal er trinkgewohnt gewesen sein soll.²⁰

Ein Indiz für das voluntative Vorsatzelement, ja sogar für einen direkten Tötungsvorsatz, mag man in der Äußerung „Verreck, [...]“ sehen, welche der *Senat* mehrmals erwähnt.²¹ Allerdings ist hier Vorsicht geboten, denn solche Worte sagen sich leicht und unbedacht daher; man muss sie nicht immer wörtlich meinen und darf ihnen deshalb als Richter keine allzu große Bedeutung beimessen, wie es auch der *Senat* offenbar nicht tut.²² Genauso wenig wäre es zulässig, Rückschlüsse auf den Tatvorsatz aus den mitgeteilten Vorauffälligkeiten des Angeklagten zu ziehen, obschon diese einem unkritischeren Betrachter durchaus zu denken geben mögen. Er wies nämlich zwei Vorstrafen wegen Körperverletzung auf, wobei er in einem Fall mit einem Schraubendreher in den Bauch seines Opfers gestochen und im zweiten Fall seine Lebensgefährtin heftig gewürgt hatte. Schlussendlich hatte er nicht einmal eine Woche vor der verfahrensgegenständlichen Tat ebenfalls in einer Diskothek einem anderen Besucher gedroht, er werde ihn abstechen.²³ Wenngleich und warum auch immer der *Senat* diese Details einleitend erwähnt: Er scheint ihnen ebenfalls keine Bedeutung für den Vorsatz beizumessen und auch dies zu Recht. Denn selbst wenn der Angeklagte grundsätzlich gewaltgeneigt (gewesen) sein mag und selbst wenn bisherige Taten ebenfalls Tötungsphantasien oder -in-

tionen nahelegen sollten, so lässt dies indes nichts für seine Vorstellungen *zur Tatzeit* erkennen. Erstens ist die Vergangenheit vergangen und der Angeklagte ist für sein jetzt gezeigtes, womöglich ganz anders motiviertes Verhalten zur Rechenschaft zu ziehen. Zweitens existiert kein Erfahrungssatz der Art „Einmal ein Mörder, immer ein Mörder“, und drittens gilt auch für einschlägig Vorbestrafte immer noch die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

Aber selbst bei dem deshalb nur einen verbleibenden Indiz, der Wucht und Gefährlichkeit des Messerstichs, hegt der *Senat* im Unterschied zum Schwurgericht offenbar nicht die geringsten Zweifel an einem darin zum Ausdruck gelangenden Tötungsvorsatz.²⁴ Die vom Schwurgericht ins Feld geführten Gegenindizien weist er zutreffend und deutlich zurück: Weder der Umstand des nur einen Messerstichs (der offenbar ja genügte und den zu wiederholen dem Angeklagten dank des Begleiters des Nebenklägers ohnehin verwehrt war²⁵) noch die Alkoholisierung (die im Allgemeinen eher enthemmend wirkt, als gegen die billigende Inkaufnahme eines Tötungserfolges, im Sinne des voluntativen Vorsatzelementes, zu sprechen²⁶) erscheinen ihm geeignet, das gewonnene Bild eines bedingt vorsätzlich handelnden Angeklagten ernsthaft in Frage zu stellen.

Im Ergebnis folgert der *Senat* damit das voluntative Vorsatzelement gleichfalls aus der Gefährlichkeit der Tathandlung. Eine derartige normative Zuschreibung begrüßt *Roxin* nachdrücklich und veranschaulicht sie mit folgenden Worten: „Wer also einen anderen aus kurzer Entfernung in den Kopf schießt oder ihm ein Messer durch die Brust stößt, wird mit dem Einwand, er habe auf einen glücklichen Ausgang vertraut, nicht gehört.“²⁷ Wenn sich der *Senat* diese normative Sicht nunmehr zu eigen macht und das Vertrauen auf ein Überleben des Opfers auch bei dem in Rede stehenden Stich in den Lungenbereich ausschließt, so ist dagegen methodisch wie im Ergebnis wenig einzuwenden.

III. Die Absage an die sog. „Hemmschwellentheorie“

Anschließend befasst sich der *Senat* mit den – anscheinend sehr knappen und eher schlagwortartigen – Hinweisen des Schwurgerichts auf die „Hemmschwellentheorie“,²⁸ welche offenbar für dessen Zweifel an einem Nachweis „mit letzter Sicherheit“²⁹ verantwortlich war. Er referiert dazu die bisherige einschlägige Rechtsprechung und deutet deren Judikate als bloße Anweisung, angesichts einer für Tötungsdelikte deutlich höheren Hemmschwelle besonders sorgfältig alle Tatumstände zu berücksichtigen.³⁰ Der Richter habe sich immer die Möglichkeit vor Augen zu halten, der Täter könne die Todesgefahr verkannt oder wenigstens auf ein Ausbleiben des als möglich erkannten Todes vertraut haben. Im Ergebnis ändere

¹⁹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 29 f.

²⁰ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 28.

²¹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 28, 36, bei letzterer als Hinweis für die spätere Neuverhandlung der Sache, die betreffende Äußerung könne ggf. sogar direkten Tötungsvorsatz nahelegen. Das ist missverständlich und nur im Kern richtig: Sobald erst einmal bedingter Tötungsvorsatz anderweitig nachgewiesen wäre, mag die Begleitäußerung das Mehr zum unbedingten Tötungsvorsatz belegen. Für den Nachweis, überhaupt eine Tötung in Kauf genommen zu haben, taugt sie indes aus den sogleich genannten Gründen nichts.

²² Vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24 ff. Der erwähnten Äußerung misst der *Senat* offenkundig für seine Einschätzung kaum Bedeutung bei.

²³ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 3.

²⁴ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

²⁵ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

²⁶ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 35.

²⁷ *Roxin* (Fn. 17), § 12 Rn. 32.

²⁸ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 31 ff.

²⁹ Zitat aus dem Urteil des Schwurgerichts nach BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24.

³⁰ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 32.

das Postulat einer höheren Hemmschwelle aber nichts an den rechtlichen Voraussetzungen eines Tötungsvorsatzes³¹ und sei vielmehr als schlichter Hinweis auf § 261 StPO zu verstehen.³²

Dem *Senat* ist an dieser Stelle das Bemühen anzumerken, die bisherigen Hinweise der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf eine „Hemmschwelle“ in ihrer Bedeutung herunterzuspielen. Das kennzeichnet ihre argumentative Bedeutung zwar im Kern zutreffend, erklärt damit aber erst recht nicht, warum in der Vergangenheit gleichwohl eine solche Vielzahl an Entscheidungen des BGH – oft in wortgleichen Passagen – die angeblich höhere Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen überhaupt erwähnt hatten, um daraus abzuleiten, die Gefährlichkeit der Handlung alleine lasse noch nicht auf den Tötungsvorsatz, insb. nicht auf dessen voluntatives Element schließen.³³ Im Grunde wollten die Revisionsgerichte den Tatgerichten nämlich nur etwas ans Herz legen, was eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte, und zwar alle relevanten Tatumstände umfassend und sorgfältig zu erwägen, wenn es darum geht, auf eine objektiv unsichtbare Tatsache wie die innere Einstellung eines Menschen zu schließen. Man könnte es auch umgekehrt formulieren, gewissermaßen als Verbot des (auch bei Studenten beliebten) „Schubladendenkens“: Der Tatrichter soll seine Betrachtung nicht auf ein einziges Argument (die Gefährlichkeit der Handlung) verkürzen, solange ihm noch andere Aspekte aus dem Sachverhalt zur ergänzenden Deutung zur Verfügung stehen. Die „Hemmschwelle“ diene in diesem Zusammenhang offenbar vor allem als schlagwortartiges Vehikel, welches die Dringlichkeit der Mahnung zur Sorgfalt besonders veranschaulichen sollte, ohne darüber hinaus eine veränderte Vorsatzabgrenzung zu intendieren.

Verfahren wie dieses veranschaulichen freilich, wie gefährlich das Schlagwort „Hemmschwelle“ in der Praxis gewirkt hat.³⁴ Denn offensichtlich hat das Schwurgericht mit umgekehrten Vorzeichen genau das getan, was es eigentlich gerade hätte unterlassen sollen, nämlich erneut eine „Schublade“ zu öffnen, allerdings diejenige der Vorsatzverneinung wegen der angeblich so hohen Hemmschwelle, sobald außer der Handlungsgefährlichkeit kein weiteres durchschlagendes Vorsatzindiz vorliegt, insb. kein Geständnis des Tötungswillens. (Miss-)Verstanden worden ist das Hemmschwellenargument daher zumindest als eine Beweisregel, wenn nicht sogar als Modifikation der Vorsatzdogmatik.³⁵

Für derartige Reaktionen der Praxis muss sich der BGH allerdings die Verantwortung zuschreiben lassen, weil das Pos-

tulat der besonderen Hemmschwelle vor der Tötung eines Menschen fälschlich suggeriert, im Kontext des Tötungsvorsatzes gälten eben doch andere Maßstäbe.³⁶ Das wird besonders in frühen, die Hemmschwelle ansprechenden Entscheidungen des BGH deutlich. So hat der *4. Senat* in einer der allerersten „Hemmschwellen-Entscheidungen“ im Jahre 1982 formuliert, es stehe „vor dem Tötungsvorsatz [...] eine viel höhere Hemmungsschranke als vor dem Gefährdungsvorsatz. Die Grenzen der Schuldformen der bewußten Fahrlässigkeit und des bedingten Vorsatzes liegen hier besonders eng beieinander.“³⁷ Der zweite Teil dieser Formulierung erweist sich bei genauer Betrachtung als schlicht unsinnig, denn sollten etwa die Grenzen zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz z.B. bei den Körperverletzungsdelikten weiter auseinanderliegen als bei den Tötungsstraftaten, wo sie „besonders eng beieinander“ liegen? Gibt es denn etwa einen – je nach Delikt mehr oder weniger breiten – (strafrechtsfreien Zwischen-)Raum zwischen beiden Schuldformen?

Dieser Missverständnisse geradezu provozierende, später noch in ähnlicher Form zu findende Satz³⁸ wird in seiner verhängnisvollen Wirkung weiter verstärkt, indem die gebetsmühlenartige Betonung der höheren Hemmschwelle zu der Annahme verleitet, der Tötungsentschluss müsse ganz besondere Denkprozesse durchlaufen, die ihn gegenüber allen anderen Tatentschlüssen auszeichneten.³⁹ Das stimmt selbstverständlich in dieser Form ebenfalls nicht. Man mag schon zweifeln, ob die Hemmschwelle überhaupt vor dem *Vorsatz* (und nicht vor der *Handlung*) zu suchen ist.⁴⁰ Aber selbst wenn man sich auf das Modell einer Vorsatzschwelle einlässt, so mag man zwar noch mit einiger Plausibilität für den Durchschnittsfall eine Korrelation zwischen Deliktsschwere und Tathemmungen behaupten. Es wäre indes falsch, dabei die Tötung zu verabsolutieren, weil es neben ihr weitere schwere Straftaten gibt, die ähnliche Hemmungen auslösen werden, etwa die Vergewaltigung, die Geiselnahme, der (Bank-)Raub oder gemeingefährliche Taten nach den §§ 307, 313 StGB. Auch wirkt sicherlich nicht jeder vom Täter vorgestellte Mordverlauf gleichermaßen hemmend auf seinen Tatentschluss. Den Schuss aus der Ferne auf das kaum noch als individueller Mensch erkennbare Opfer abzugeben mag im Allgemeinen leichter fallen als das Abschlagen des unmittelbaren Gegenübers mittels eines Messers. Außerdem hängt die Höhe der individuellen Hemmschwelle vermutlich in viel stärkerem Maße als vom Unrechtsgehalt bestimmter

³¹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 33.

³² BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 34.

³³ Ohne Anspruch auf Vollzähligkeit: BGHSt 36, 1 (15); BGH StV 1982, 509; BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ 1984, 19; BGH StV 1984, 187 f.; BGH StV 1994, 655; BGH NStZ-RR 1998, 101; BGH NStZ 2003, 431 f.; BGH NStZ 2010, 511 (512); BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 5, 8, 9, 12, 13, 24, 27, 30, 31, 35, 40, 41, 50, 51, 52, 54, 59, 62, 63.

³⁴ Vgl. *Verrel* NStZ 2004, 309 („kontraproduktives Eigenleben“); *Jahn*, JuS 2012, 757 (758: „wohlfeiles Schlagwort“).

³⁵ Dagegen zutreffend *Mühlbauer* (Fn. 3), S. 8 ff.

³⁶ So auch die Kritik, vgl. etwa *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 212 Rn. 32.

³⁷ BGH StV 1982, 509.

³⁸ BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ 1984, 19; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 8.

³⁹ Gelegentlich hat der BGH dies sogar selbst angedeutet, vgl. etwa BGHSt 38, 345 (350) zur Strafvereitelung durch Strafverteidiger, wo der *1. Senat* davor warnt, Maßstäbe, „die weitgehend für den Bereich der Tötungsdelikte entwickelt worden sind, [dürften nicht] nicht formelhaft auf Fälle offener, mehrdeutiger Geschehen angewendet werden.“

⁴⁰ *Mühlbauer* (Fn. 3), S. 41 ff.

Delikte von den jeweiligen subjektiven Dispositionen der Täter ab, etwa von deren Charakter, Gewaltneigung und Vordelinquenz oder dem Vorhandensein von Affektzuständen⁴¹ sowie von hinzutretenden gruppenspezifischen Prozessen.⁴² Der fast ausschließliche Gebrauch des Hemmschwellenvokabulars im Kontext von Tötungsdelikten erweckt demgegenüber den falschen Eindruck, (nur) dort lägen die Dinge anders als bei der übrigen Kriminalität.

Dem BGH mag das schon früher aufgefallen sein, sah er sich doch nicht zum ersten Male zu Mahnungen veranlasst. Noch verhalten freilich hieß es 1993 (und ähnlich nochmals im Jahre 2000): „Diese zu Recht immer wieder erneuerten Hinweise [Anm.: auf die Hemmschwelle] dürfen jedoch nicht dahin mißverstanden werden, daß durch sie die gleichzeitig betonte Wertung der hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als ein gewichtiges auf Tötungsvorsatz hinweisendes Beweisanzeichen [...] in der praktischen Rechtsanwendung in Frage gestellt werden sollte und daß dieser Beweisgrund den Schluß auf Tötungsvorsatz nie oder in aller Regel nicht tragen könne.“⁴³ Nachdem diese Worten offenbar ungehört verhallt waren, sah sich der Senat jetzt zu klareren Worten veranlasst, die in einem Satz gipfeln, der an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt: „Der Hinweis des Landgerichts auf eine „Hemmschwellentheorie“ entbehrt somit jedes argumentativen Gewichts.“⁴⁴ Mit anderen Worten: Die „Hemmschwellentheorie“ hat nun endlich ihr verdientes Ende gefunden⁴⁵ und als Begründungstopos ausgedient.

IV. Folgerungen

Es bleibt die Mahnung zur sorgfältigen Würdigung des Sachverhalts. Wer sie leistet, braucht aber künftig, so bleibt zumindest zu hoffen, nicht mehr zu fürchten, sein Ergebnis – wie auch immer es ausfällt – werde wegen eines fehlenden Rekurses auf irgendeine Hemmschwelle kritisiert werden. Die Entscheidung des *Senats* ist somit uneingeschränkt zu begrüßen. Für die Zukunft verbietet sich damit nicht nur jede Erwähnung einer „Hemmschwellentheorie“. Vielmehr erscheint es angebracht, auf den Terminus der „besonderen Hemmschwelle“ gänzlich zu verzichten und stattdessen das Postulat einer erschöpfenden Arbeit am Sachverhalt, der sorgfältigen Erfassung jedes Indizes, welches irgendeinen Bezug zum Tatvorsatz aufweisen könnte, und dessen kritischer Analyse auf Aussage- und Beweiswert hin zu beherzi-

gen. Es gilt damit für die Tatgerichte ebenso wie für Klausuren und Hausarbeiten in der juristischen Ausbildung: Die Theorie selbst liefert noch keine Lösung; erst eine behutsame Deutung des Sachverhalts vermag diese schließlich zu entdecken.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁴¹ *Puppe*, NStZ 1992, 576 (577); ähnlich *Fahl*, NStZ 1997, 391 (392).

⁴² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 212 Rn. 16.

⁴³ BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 35; ähnlich BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 35.

⁴⁵ Jedenfalls den „Anfang vom Ende [...] der Hemmschwellentheorie“ sieht auch v. *Heintschell-Heinegg* (JA 2012 632 [633]), welchen *Puppe* (NStZ 1992, 576 [577]) schon viel früher, aber damals wohl noch zu Unrecht, erkannt haben wollte, während *Verrel* (NStZ 2004, 309 [312]) ihn wohl erst in fernerer Zukunft erwartet hatte.