

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

---

Band 70

# Hemmschwellentheorie und Einzelfallgerechtigkeit

Von

Juliane Prömper



Duncker & Humblot · Berlin

JULIANE PRÖMPER

Hemmschwellentheorie und Einzelfallgerechtigkeit

# Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Claus Kreß, Michael Kubiciel

Cornelius Nestler, Frank Neubacher

Martin Waßmer, Thomas Weigend, Bettina Weißer

Professoren an der Universität zu Köln

Band 70

# Hemmschwellentheorie und Einzelfallgerechtigkeit

Von

Juliane Prömper



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Universität zu Köln hat diese Arbeit  
im Wintersemester 2016/2017  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0936-2711  
ISBN 978-3-428-15259-9 (Print)  
ISBN 978-3-428-55259-7 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85259-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. hc. Michael Kubiciel, gilt mein herzlichster Dank. Ich hatte das Glück während der Promotion am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung arbeiten zu dürfen. Professor Kubiciel hat mich als Doktorandin und als Mitarbeiterin stets unterstützt. Es war eine sehr lehrreiche und interessante Zeit, die mich in meiner wissenschaftlichen Entwicklung nachhaltig beeinflusst hat.

Herrn Prof. Dr. Waßmer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin möchte ich mich herzlich bei Frau Prof. Dr. Sabine Nowara bedanken. Ihre Anregungen hinsichtlich des interdisziplinären Abschnitts waren mir eine große Hilfe.

Für die umfassende gegenseitige Unterstützung und hilfreichen Anregungen und Diskussionen möchte ich meinen lieben Kollegen danken. Sie sind mir bei der Erstellung der Arbeit eine große Hilfe gewesen. Unsere Zusammenarbeit hat mich sowohl wissenschaftlich als auch privat geprägt, sodass ich immer wehmütig auf diese Zeit zurückblicken werde.

Mein besonderer Dank gilt Linda-Sue Blazko für den produktiven gegenseitigen Austausch. Auch wenn sie zu dieser Zeit beruflich sehr eingespannt war, konnte ich mir ihrer Hilfe stets sicher sein. Auch bei meinen anderen Freunden, die mir insbesondere emotional eine große Stütze waren, möchte ich mich herzlich bedanken.

Die vorliegende Arbeit widme ich meiner Familie, die mich bereits während des Studiums und während der Promotion auf vielerlei Arten unterstützt hat. Ich konnte mich immer auf sie verlassen, was mir großen Rückhalt und Selbstsicherheit vermittelt hat. Ihnen gilt daher mein ganz besonderer Dank.

Remscheid, im Juni 2017

*Juliane Prömper*





# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	13
I. Das Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit .....	13
II. Einzelfallgerechtigkeit durch die Hemmschwellentheorie? .....	14
III. Gang der Untersuchung .....	15
<b>B. Die Tötungshemmschwelle – Einordnung</b> .....	18
I. Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit .....	18
II. Die Kernpunkte der „Hemmschwellentheorie“ .....	19
<b>C. Entwicklung der Rechtsprechung</b> .....	23
I. Entstehung und bisherige Anwendung der Hemmschwellentheorie .....	23
1. Ursprung .....	23
2. Alkohol, Drogen und Affekt .....	24
3. Kindstötung .....	30
4. Rechtsextremer Hintergrund .....	32
5. Tödliche Krankheiten .....	33
6. Unterlassen .....	34
7. Fazit .....	36
II. Neuere Entwicklungen .....	38
III. Fazit .....	47
<b>D. Rechtfertigung der Hemmschwellentheorie</b> .....	51
I. Existenz einer besonderen Hemmschwelle .....	51
1. Psychologischer Nachweis einer Tötungshemmung .....	52
a) Psychoanalyse .....	52
b) Evolutionstheorien .....	53
c) Sozialpsychologische Theorien .....	55
d) Lerntheorie .....	56
e) Gehorsam .....	59

f) Sozialpädagogische Ansichten	60
g) Biologische Faktoren	60
h) Umwelt- bzw. Umfelseinflüsse	64
i) Zwischenfazit	67
2. Mögliche Gründe für die Herabsetzung der Tötungshemmung	67
a) Affekt	67
aa) Vorliegen eines Affekts	67
bb) Einfluss auf den Vorsatz	70
b) Alkoholisierung/Handeln unter Drogeneinfluss	74
aa) Begünstigung von Aggressionen durch Alkohol und andere Drogen	74
bb) Einfluss auf den Vorsatz	76
c) Medien/Computerspiele	77
aa) Einfluss auf das Gewaltverhalten	77
bb) Studien zu Tötungsdelikten	82
cc) Bedeutung für die Hemmschwellentheorie	85
d) Gruppen	86
aa) Risky shift	86
bb) Deindividuation	87
cc) Theorie des realistischen Gruppenkonflikts	88
dd) Theorie der relativen Deprivation	89
ee) Theorie der sozialen Identität	89
ff) Selbstkategorisierungstheorie	90
gg) Dehumanisierung	90
hh) Befolgung von Anweisungen	91
ii) Vorurteile	92
e) Fazit	93
II. Strafreoretische Einordnung	96
1. Entwicklung der Rechtsprechung und ihr zeitgeschichtlicher Hintergrund	96
2. Strafretheorie und Hemmschwelle	98
a) Absolute Strafretheorien	98
b) Der Vergeltungsgedanke und die Hemmschwellentheorie	99
c) Relative Strafretheorien	100
aa) Negative Generalprävention	100
(1) Negative Generalprävention und Hemmschwellentheorie	101
(2) Kritik	102
bb) Positive Generalprävention	105
(1) Positive Generalprävention und Hemmschwellentheorie	105
(2) Kritik	107
cc) Spezialprävention	108
(1) Spezialprävention und Hemmschwellentheorie	108

(2) Kritik . . . . .	110
d) Neuere Ansätze . . . . .	111
aa) Die Vereinigungslehren . . . . .	111
(1) Vereinigungslehre und Hemmschwellentheorie . . . . .	112
(2) Kritik . . . . .	113
bb) Kommunikationstheoretischer Ansatz . . . . .	114
(1) Die Theorie . . . . .	114
(2) Strafe als kommunikativer Akt und Hemmschwellentheorie . . . . .	114
cc) Orientierung am Opferinteresse . . . . .	115
(1) Die Theorie . . . . .	115
(2) Opferinteressen und Hemmschwellentheorie . . . . .	116
e) Fazit . . . . .	116
III. Verfassungsgemäßheit . . . . .	117
1. Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	117
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht . . . . .	120
a) Vorliegen einer Verletzung . . . . .	120
b) Anspruch auf eine bestimmte Strafe . . . . .	123
3. Postmortaler Persönlichkeitsschutz . . . . .	124
4. Fazit . . . . .	126
<b>E. Andere Wege zur Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit . . . . .</b>	<b>127</b>
I. Ausschließliche Berücksichtigung der mildernden Kriterien über §§ 20, 21 StGB . . . . .	127
1. Zusammenhang von Vorsatz und Schuld . . . . .	127
2. Schuldvorwurf bei Intoxikation . . . . .	129
3. Schuldvorwurf bei Affekt . . . . .	131
4. Tötungshemmschwelle in der Schuld . . . . .	133
5. Vorzugswürdigere Wege zur Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit . . . . .	135
a) Berücksichtigung des Vorverschuldens . . . . .	136
aa) actio libera in causa . . . . .	136
bb) Weitere Möglichkeiten zur Berücksichtigung des Vorverhaltens . . . . .	139
b) Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 20, 21 StGB . . . . .	144
c) Weitere Erwägungen . . . . .	146
6. Fazit . . . . .	147
II. Umfassende Einzelfallabwägung mittels eines minder schweren Falles . . . . .	149
1. Einzelfallgerechtigkeit anhand der aktuellen Regelung des § 213 StGB . . . . .	149
a) Verhältnis zu § 211 StGB . . . . .	150
b) Verhältnis zu anderen Strafmilderungsgründen, insbesondere zu § 21 StGB . . . . .	152
c) Erste Alternative . . . . .	154
d) Zweite Alternative . . . . .	158

e) Kindstötung .....	160
f) In dubio pro reo in Kombination mit § 213 StGB .....	161
2. Änderung des § 213 StGB .....	162
a) Tatbestandsmodelle .....	162
b) Regelbeispiellösungen .....	163
c) Weitere Vorschläge .....	164
d) Fazit .....	165
e) Eigener Vorschlag eines minder schweren Falls der Tötung .....	166
3. Fazit .....	168
III. Weitere Möglichkeiten im Rahmen der Strafzumessung .....	169
1. Berücksichtigung der Strafzwecke .....	170
a) Spielraumtheorie .....	170
b) Stellenwerttheorie .....	171
c) Tatproportionalität .....	172
2. Strafzumessungsschuld .....	172
a) Gesinnung des Täters und aufgewendeter Wille .....	173
b) Ziele und Beweggründe .....	176
c) Täterpersönlichkeit .....	177
d) Tatausführung .....	178
e) Das Maß der Pflichtwidrigkeit .....	179
f) Vorstrafen .....	180
g) Sonstiges Vorverhalten .....	182
h) Nachtatverhalten .....	183
i) Mitverursachung unterhalb der Schwelle des § 213 StGB .....	183
j) Straferwartung bei einschlägigen Tötungsdelikten .....	184
aa) Regelfall .....	184
bb) Verhinderung einer lebenslangen Freiheitsstrafe .....	187
k) Sonstige Aspekte .....	188
3. In dubio pro reo .....	189
4. Fazit .....	191
<b>F. Schlussbetrachtung .....</b>	<b>193</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>196</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>218</b>

\* \* \*

## A. Einleitung

### I. Das Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit

Das Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit folgt zwingend aus dem Gebot der materiellen Rechtsstaatlichkeit.<sup>1</sup> Sie – die Einzelfallgerechtigkeit – findet ihre Grenze in richterlicher Willkür. Denn dieser soll nicht seine eigenen Wertvorstellungen durchsetzen, sondern die Eigenheiten des speziellen Falles angemessen würdigen.<sup>2</sup> *Das jeweils gerechte Urteil* für den konkreten Fall zu fällen, erscheint aber bereits deshalb unmöglich, weil dies eine objektivistische Gerechtigkeitsauffassung voraussetzt.<sup>3</sup> Ein solches einheitliches Gerechtigkeitsempfinden kann jedoch durch die Individualität jeder Persönlichkeit und die Bandbreite ihrer unterschiedlichen Erfahrungen nicht existieren. Entscheidend kann daher nur sein, ob ein Urteil *richtig* ist. Dies kann wiederum nur anhand der korrekten Anwendung des geltenden Rechts beurteilt werden.<sup>4</sup> Da der Gesetzgeber nicht alle Einzelfälle voraussehen kann, müssen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden. Die Lösung dieses Spannungsfeldes wird seit jeher unterschiedlich beantwortet. Insbesondere *Radbruch*, der mit seiner Unerträglichkeitsformel zu Gunsten der Rechtssicherheit eintrat, plädierte: „Der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht [...] ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“<sup>5</sup> Gegenwärtig besteht allerdings kein Zweifel, dass „Gerechtigkeit“ als Teil des sozialen Zusammenlebens unerlässlich ist.<sup>6</sup> Keine Straftheorie vermag das Bedürfnis von Strafe zu erklären, wenn diese vom Volk nicht als gerecht empfunden wird. Ohne Erklärung erhält die Bestrafung des Staates jedoch keine Rechtfertigung von den Bürgern. Der Rechtsanwender muss daher eine Vorstellung davon haben, was im konkreten Fall die „gerechte“ Strafe ist. Einige fordern daher eine umfangreiche Flexibilität des An-

---

<sup>1</sup> *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 90 BVerfGG Rn. 300.

<sup>2</sup> Zu den Voraussetzungen einer willkürlichen Gerichtsentscheidung: BVerfG, Beschl. v. 09.06.1994 – 2 BvR 2096/93, NJW 1995, 124 f.; KK-*Ott*, § 261 StPO Rn. 2, 3.

<sup>3</sup> Vgl. *Beck*, in: Schuhr, S. 20 ff.

<sup>4</sup> *Engländer*, Diskurs, S. 143.

<sup>5</sup> *Radbruch*, SJZ 1 (1946), S. 105 ff. (107), s. dazu *Adachi*, Formel, S. 81. ff.

<sup>6</sup> *Stratenwerth*, in: FS Kaufmann, S. 353.

wendungsbereichs von Strafnormen, indem die Straftatbestände nicht zu sehr konkretisiert werden.<sup>7</sup>

Aber was hat die Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit mit der Hemmschwellentheorie zu tun? Die Schwierigkeit dieses Gleichgewicht zu wahren, spiegelt sich zum einen in der Problematik wieder, den Vorsatz zweifelsfrei festzustellen.<sup>8</sup> Zum anderen kann ein Überwiegen der Einzelfallentscheidung durch die konkrete Anwendung der Hemmschwellentheorie durch den Bundesgerichtshof (BGH) festgestellt werden.

## II. Einzelfallgerechtigkeit durch die Hemmschwellentheorie?

Bereits im Jahre 1895 wurde die Auffassung vertreten, dass die Grenzen der strafbaren Fahrlässigkeit nach richterlichem Ermessen von Fall zu Fall zu bestimmen seien.<sup>9</sup> Wegen des Grundsatzes *nulla poena sine lege certa* kann eine solche Ansicht heute nicht mehr ohne weiteres vertreten werden. Indessen erscheint die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit mit Hilfe der Hemmschwellentheorie nicht weit von einer solchen Auffassung entfernt zu sein. Denn der BGH fordert wegen der hohen Hemmschwelle vor der Tötung eine Einzelfallabwägung, die über das gewöhnliche Maß hinausgehen muss. Würden die Vorgaben der Hemmschwellentheorie lediglich die bereits praktizierte Würdigung der situativen Faktoren beschreiben, verstünde sich die Abwägung von selbst. Der BGH müsste sie daher nicht besonders hervorheben. An dieser Stelle kommt der Konflikt zum Tragen, ob nicht zu Gunsten der Rechtssicherheit strengere Regeln für die Abgrenzung zu verlangen sind<sup>10</sup> oder ob eine solche Abwägung gerade unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit geboten erscheint.

Den Anstoß zu dieser Arbeit gab ein im Hinblick auf die Tötungshemmschwelle bekanntes Urteil. In dieser Entscheidung wurde die Frage aufgeworfen, ob der Täter – ein ausgebildeter Karatekämpfer – den Tod eines Kleinstkindes billigend in Kauf nahm, als er diesem einen wuchtigen Schlag mit der Handkante zufügte. Insbesondere aufgrund der erhöhten Hemmschwelle vor der Billigung des Todes stellte der Senat den Vorsatz in Frage. Dabei wurde berücksichtigt, dass der Täter ein fürsorglicher Vater war und er das Kind zwischen den von ihm ausgeführten Misshandlungen mit einer Banane fütterte.<sup>11</sup> Offen blieb die Frage, woraus der BGH diese Hemmschwelle folgerte und wie er ihre Existenz belegte. Liegt die Billigung bei einer solchen Handlung durch einen Karatekämpfer nicht auf der Hand? Warum soll

<sup>7</sup> U. a. *Bittmann*, ZRP 2005, 15 ff. (16); vgl. *Herzog*, NJ 1998, 617 ff.

<sup>8</sup> Dazu *Streng*, in: FS Kühne, S. 47 ff. (50).

<sup>9</sup> *MK-Duttge*, § 15 StGB Rn. 57.

<sup>10</sup> Hinsichtlich des kognitiven Elements bereits *Neumann*, in: FS Tondorf, S. 272.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 25. 11. 1987 – 3 StR 449/87, NStZ 1988, 175.

bei der Tötung eine viel umfangreichere Abwägung vorgenommen werden als bei anderen Delikten? Was sagt die Feststellung, für gewöhnlich ein guter Vater zu sein, über die Billigung zum Tatzeitpunkt aus?<sup>12</sup> Vergleichbare Fragen werden im Rahmen dieser Dissertation vertieft erörtert, um herauszufinden, ob die Hemmschwellentheorie in ihrer ursprünglichen Anwendung eine Notwendigkeit oder zumindest eine Berechtigung hat.

Bereits der Beginn der Nachforschungen – geprägt durch viele sich gegenseitig widersprechende Entscheidungen – führte zu der Vermutung, die Hemmschwellentheorie ermögliche es, die Einzelfallabwägung in eine vom Gericht gewünschte Richtung zu lenken. Träfe dies zu, stellten sich die Fragen, ob wir solche Kriterien zur Ermöglichung von Einzelfallgerechtigkeit benötigen und ob die Tötungshemmschwelle innerhalb des Vorsatzes hierfür das geeignete Kriterium darstellt. Innerhalb der Grenze zur Rechtsunsicherheit ist eine Möglichkeit zur Korrektur „ungerechter“ Ergebnisse zur Gewährleistung von Gerechtigkeit sinnvoll. Die Beantwortung der zweiten Frage ist schwieriger und stellt daher einen Großteil der folgenden Untersuchungen dar.

### III. Gang der Untersuchung

Zunächst werden die „Kernpunkte“ der Hemmschwellentheorie und deren Kritik in der Literatur dargestellt. Dies bildet das Fundament der weiteren Untersuchung. Dabei wird allerdings nicht explizit auf den Vorwurf eingegangen, dass das Hemmschwellenargument gar keine Theorie sei. Richtig ist, dass einer Theorie grundsätzlich eine wissenschaftliche Begründung zugrunde liegen muss und der BGH eine solche bisher nie geliefert hat.<sup>13</sup> Laut Duden sind hingegen mehrere Deutungen des Begriffs *Theorie* möglich. Damit kann auch eine rein begriffliche, abstrakte Betrachtung gemeint sein, deren Inhalt in der Realität schwer umgesetzt werden kann.<sup>14</sup> Ebenso wird der Begriff verwendet, um wirklichkeitsfremde Vorstellungen und bloße Vermutungen zu kennzeichnen.<sup>15</sup> Allerdings bewegen wir uns in der (Rechts-)Wissenschaft, sodass wir deren Verständnis von einer Theorie zugrunde legen müssen. Diese fordert in der Tat auch die Überprüfung der Richtigkeit der ihr innewohnenden Gesetzesaussagen.<sup>16</sup> Zweifelsohne sprach der BGH aber nie selbst von einer Theorie, sondern nutze die erhöhte Hemmschwelle als ein Argument

---

<sup>12</sup> S. dazu bereits *Herzberg*, JZ 1988, 635 ff. (637).

<sup>13</sup> Bereits *Lederer*, Hemmschwellen, S. 137.

<sup>14</sup> S. Duden, Theorie, Bedeutung 2.a, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Theorie>, zuletzt aufgerufen am 19.09.16.

<sup>15</sup> S. Duden, Theorie, Bedeutung 2.b, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Theorie>, zuletzt aufgerufen am 19.09.16.

<sup>16</sup> Abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/6486/theorie-v7.html>, zuletzt aufgerufen am: 01.08.2016; vgl. *Rissing van Saan*, in: FS Geppert, S. 497 ff. (506).