

Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187 (II)

Von Wiss. Ass. Dr. RUDOLF RENGIER, Freiburg i. Br.

4. Die drei folgenden Entscheidungen aus jüngster Zeit beleuchten die (fragliche) Rechtsprechung zur inneren Tatseite der Heimtücke:

BGH vom 23. 5. 1978 - 5 StR 664/77 (unveröff.⁹¹): Die Ehefrau des Angeklagten war übermäßig eifersüchtig. Sie warf seit Monaten ihrem Mann grundlos ehewidrige Beziehungen vor und beschimpfte ihn mit gemeinen Ausdrücken. Häufig kam es dabei zu Tätlichkeiten. Nur im Alkohol fand man noch eine gemeinsame Basis. Nach einer langen Feier fing die betrunkene Ehefrau erneut mit den Beschimpfungen an. Der A geriet in große Wut und schrie seine Frau an: „Halt die Fresse, du immer mit deiner Scheißeifersucht.“ Seine Frau war nach dieser Szene plötzlich ruhig und sagte: „Laß mich schlafen.“ Sie schloß die Augen. Jetzt entschloß sich der Angeklagte, immer noch „voller Wut“ über die erlittenen Kränkungen, seine Frau mit einem Messer zu töten. Nachdem er ein Brotmesser aus der Küche geholt hatte, erstach er seine schlafende oder jedenfalls einschlafende Frau mit einem Stich in die Brust.

BGH vom 21. 6. 1978 - 3 StR 56/79 (unveröff.⁹²): Die hochschwangere und der Ächtung ihrer Landsleute preisgegebene (jugendliche) Angeklagte beschloß, den ihr nach türkisch-islamischem Ritual angetrauten C zu töten, falls dieser nach einem letzten Versuch nicht zu ihr zurückkehren wollte. Sie bat ihn flehentlich und eindringlich, zu ihr zurückzukehren. Ihrer Mahnung, Mitleid mit ihrem gemeinsamen Kind, das sie erwartete, zu haben, begegnete er mit den Worten: „Hau ab, laß dich vögeln“ und anderen beleidigenden Äußerungen und schließlich mit der Aufforderung: „Hau ab, ich habe weder mit dir noch mit deinem Kind zu tun.“ Dies war die unter den Augen zweier Arbeitskameraden gegebene Antwort des Mannes, der um sie geworben und dem sowie dessen Familie sie sich noch vor kaum eineinhalb Jahren als 15jährige gegen den ausdrücklichen Willen ihrer Eltern und unter Aufgabe ihrer Familie ganz anvertraut hatte. In dieser entwürdigenden Situation entnahm sie nunmehr unvermittelt die mitgeführte Pistole aus der Handtasche und schoß auf den C.

BGH bei Holtz, MDR 1979, 455: Die Ehe des Angeklagten war zerrüttet, weil sich die Frau einem anderen Mann zugewandt hatte. Auf einer gemeinsamen Autofahrt geriet der A „durch das aggressive Verhalten seiner Frau und die unbegründeten Vorwürfe“ in einen „seelischen Spannungszustand der Zerrissenheit und Erregung“. Er beschloß spontan, sich durch einen vorsätzlich herbeigeführten Unfall zu töten, wobei ihm auch der Tod seiner Frau willkommen war. Die (arg- und wehrlose) Frau wurde durch den Unfall tödlich verletzt. -

Wenden wir uns zunächst dem ersten Fall zu: Das Schwurgericht hatte den Angeklagten trotz „heimtückischen“ Handelns unter dem Eindruck der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur wegen Totschlags verurteilt, weil es einen Schuldpruch wegen Mordes für unangemessen hielt. Das Tatgericht sah nämlich bei dem Angeklagten eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung und wertete seine Tat unter Anwendung des § 213 (1. Alt.) als Ausdruck „gerechten Zorns“ (S. 4).

Der BGH kritisiert im Anschluß an seine ständige Rechtsprechung das Schwurgericht, da es den Mordtatbestand „nicht nur von der Erfüllung klar abgrenzbarer Tatbestandsmerkmale, sondern zusätzlich von einer höchst unsicheren Wertung des Richters abhängig“ mache, „die sich letztlich von Strafzumessungserwägungen“ nicht unterscheidet (S. 5). Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet der Senat etwas abwertend als „unverbindliche Anregungen“ (Zitat auch in GA 1979, 222) und stellt dann apodiktisch fest (S. 5 f.):

„Unter den hier festgestellten Umständen hält der Senat die - im Sinne der bisherigen Rechtsprechung - heimtückische Tötung

des eigenen Ehegatten auch dann, wenn das Opfer den Täter schwer gekränkt hatte, sowohl für einen verwerflichen Vertrauensbruch als auch allgemein für eine besonders verwerfliche Handlung. Sie kann nicht (!) als ein Grenzfall angesehen werden.“

Der BGH betont den Unterschied dieses Falles zu BGHSt 27, 322: Zwar habe es auch hier vor der Tat eine heftige (ergänze: offen feindselige) Auseinandersetzung gegeben, doch sei diese zur Zeit der Tat, nachdem die Ehefrau zum Schlafen die Augen geschlossen habe, schon beendet gewesen (S. 6).

Beginnen wir unsere Kritik an dem letzten Punkt. Für die Ehefrau schien die Auseinandersetzung in der Tat beendet, sie entzog sich ihr auf jeden Fall. Wenn man indes die Lage aus der Sicht des Angeklagten beurteilt, so wird man nicht bestreiten können, daß sich für ihn die Tötungshandlung unmittelbar aus einem offen feindseligen Verhalten entwickelte. Der offensichtliche Versuch des BGH, vom Opferschutz her einen Unterschied zu BGHSt 27, 322 zu konstruieren, geht fehl. Denn hier wie dort versah sich das Opfer keinerlei Tätlichkeiten; ja wenn man es genau nimmt, mußte im vorliegenden Fall mit Tätlichkeiten (wegen ihrer Üblichkeit) immerhin „gerechnet“ werden im Gegensatz zu BGHSt 27, 322, wo handgreifliche Auseinandersetzungen in der Ehe anscheinend unüblich waren. Der BGH verschließt die Augen davor, daß die Gemütslage des Täters (im Sinne einer „Gegenindikation“) das Unrecht der Tat entscheidend prägt. Welche anderen Fälle als diejenigen nach § 213 können, sofern sie mit dem Heimtückemerkmal zusammenstoßen, als „Grenzfälle“ bezeichnet werden? Der Senat sieht eine „besonders verwerfliche Handlung“ und spricht damit offenbar die generelle Verwerflichkeitslösung an. Aber die „besondere Verwerflichkeit der Tat“ beurteilt sich nicht allein nach der (objektiven) „Handlung“, sondern wird ebenso durch eine subjektive Komponente geprägt (oben II. 2a). Auch dem Bundesverfassungsgericht erschien es immerhin bedenklich, daß Mord angenommen werden kann, wenn eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung den Täter zur Tat getrieben hat⁹³). Vor diesem Hintergrund ist es geradezu brüskierend, wenn der BGH erneut eine heimtückische Tat auch dann nicht ausgeschlossen sehen will, wenn „der Täter aus nicht besonders verwerflichen, vielleicht sogar noch menschlich begreiflichen Beweggründen“ gehandelt oder „aus einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ getötet hat (S. 6). Heimtückisches Handeln ohne „besonders verwerfliche Beweggründe“ ist kein „besonders verwerflicher Fall“ der Tötung, wie ihn das Bundesverfassungsgericht verlangt (oben III). Eine Tat, die die Merkmale des § 213 erfüllt, als Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen, wäre ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz. Es ist daher mit Nachdruck zu betonen, daß § 213 (in beiden Alternativen) eine absolute „Gegenindikation“ darstellt, die zum Ausschluß des Mordtatbestandes führt. Diese Erkenntnis entspricht nicht nur der Mindermeinung von Maurach/Schroeder (oben II. 2c), sie ist sachlich schon im Entwurf 1962 und im Alternativ-

⁹¹) Nur teilweise bei Holtz, MDR 1978, 804.

⁹²) Nur teilweise bei Holtz, MDR 1978, 805.

⁹³) Vgl. BVerfGE 45, 266.

Entwurf verwirklicht⁹⁴) und dürfte auch sonst, jedenfalls im Ergebnis, weitgehender Zustimmung sicher sein⁹⁵).

Noch ein Wort zur dogmatischen Begründung: Diese verfassungsrechtlich gebotene Restriktion bereitet in der Begründung keine Schwierigkeiten, wenn man § 211 richtigerweise als Qualifikation des § 212 ansieht und dann in § 213 genannten „Totschläger“ als umfassenderen Begriff verfassungskonform auch auf den „Mörder“ bezieht. Der BGH würde sich nichts vergeben, wenn er seine Auffassung von der Alternativität von Mord und Totschlag⁹⁶) endlich aufgeben würde, zumal auch das Bundesverfassungsgericht⁹⁷) § 211 offenbar selbstverständlich als *lex specialis* ansieht⁹⁸). Horn⁹⁹) vermutet als wahren Grund dafür, weshalb der BGH dem § 213 den Durchschlageffekt auf § 211 abspricht, in dem großen Sprung von „lebenslänglich“ in § 211 auf eine Freiheitsstrafe von nicht über fünf Jahren in § 213. In der Tat wäre ein solcher Sprung zu extrem (vgl. § 100 Abs. 4 AE). Aber da § 213 auf § 212 zugeschnitten und der Durchgriff auf § 211 letztlich nur gegen die zwingend angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe gerichtet ist, entspricht es sachgerechter Interpretation, in Fällen des § 213 den Strafrahmen des § 211 bzw. § 212 jeweils nur um eine Stufe zu senken, bei einer Kombination der §§ 211, 213 also auf den Strafrahmen des § 212 zurückzugreifen.

So sehr auch nach allem die Aussagen des BGH angreifbar sind, muß man doch sehen, daß auch die Praxis einen Weg gefunden hat¹⁰⁰), das verhältnismäßig weite Heimtückemerkmal in Fällen heftiger Gemütsregung einzuschränken. Denn nach ständiger Rechtsprechung gehört zur inneren Tatseite der Heimtücke, daß sich der Täter die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat „bewußt“ gemacht hat, woran ihn eine hochgradige Erregung hindern kann (näher oben II. 1b). An diesem Punkt hakt der BGH in allen drei Fällen ein:

- Im ersten Fall legt der BGH dem Schwurgericht nahe, die innere Tatseite - die das Tatgericht bejaht hatte - noch einmal sorgfältig zu prüfen, zumal es „nach der Rechtsansicht des Schwurgerichts auf die genannte Frage nicht ankam“ (S. 8). Das Ergebnis der neuen Entscheidung ist vorauszusehen. Denn da, wie der BGH einräumt, das Nähere „Tatfrage“ ist (S. 7), dürfte das neu entscheidende Schwurgericht, so berichtet ein erfahrener Praktiker¹⁰¹), mit der Formel zur inneren Tatseite auf den Totschlag ausweichen¹⁰²), indem es „an den Nachweis des inneren Tatbestandes besonders hohe Anforderungen“ stellen und dabei - bewußt oder unbewußt - „gleichzeitig auch eine normative Würdigung“ vornehmen und prüfen wird, „ob der Täter eine lebenslange Freiheitsstrafe verdient hat“. Solche Fälle sind sehr häufig. So fand Siol in seiner Untersuchung heraus, daß in 13 von 32 Totschlagsfällen (etwa 41 %) die Heimtücke nur mangels „bewußter“ Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit verneint wurde¹⁰³).

- Im zweiten Fall, der Parallelen zu BGH, NJW 1966, 1823 aufweist, hatte das Landgericht die Angeklagte wegen (versuchten) Mordes verurteilt. Der BGH hob die-

ses Urteil im Hinblick auf die innere Tatseite der Heimtücke auf. Bemerkenswerterweise soll der Umstand, daß die Angeklagte die Tötung schon längere Zeit erwogen hatte, für die Frage, ob sie (bewußt) heimtückisch gehandelt hat, noch nicht einmal von indizieller Bedeutung sein (S. 6 f.).

- Auch im dritten Fall beanstandet der BGH die Bejahung der Heimtücke: Die bloße Feststellung, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers „gekannt und ausgenutzt“ habe, reiche nicht aus; der Täter müsse sich zusätzlich der Bedeutung dieser Lage für die Tat „bewußt“ gewesen sein¹⁰⁴).

Wegen dieses Auswegs (und wegen § 21¹⁰⁵) sowie wegen oft konkurrierender Mordmerkmale¹⁰⁶) führen die Schwierigkeiten, die das Mordmerkmal der Heimtücke bereitet, nur verhältnismäßig selten zu im Ergebnis fraglichen Entscheidungen (dazu unten V). Freilich ist das kein Trost, da es eben Grenzfälle gibt, in denen der Ausweg der Rechtsprechung versagt. Kritische Bemerkungen zu dieser Rechtsprechung sind daher unerlässlich:

Die dogmatische Einordnung der subjektiven Tatseite ist unklar. Der BGH spricht üblicherweise von der „inneren Tatseite“ der Heimtücke, wobei er den Begriff des Vorsatzes mit Bedacht zu vermeiden scheint¹⁰⁷). Mit allgemeinen Vorsatzregeln kann man in der Tat die an die „bewußte“ Ausnutzung der Heimtückesituation gestellten Anforderungen kaum erklären. Häufig soll zwar der Täter die Situation „mit einem Blick“ erfassen, doch soll ihm die Erregung den „Blick“ offenbar trüben können¹⁰⁸) - eine mit den bei affektartigen Taten geltenden Vorsatzerfordernissen¹⁰⁹) schwer vereinbare Folgerung. Auch der erregte Täter kennt nämlich das in der heimtückischen Tatausführung liegende Überraschungsmoment und handelt insoweit nicht „unbewußt“. Teils kann er als Unterlegener sogar kaum anders zum Ziele kommen. Daß es dem BGH um etwas anderes als den Vorsatz geht, wird in der jüngsten Entscheidung recht deutlich: Denn hat der Täter „spontan und in hoher affektiver Spannung“ gehandelt, so soll die „bloße“ Feststellung, daß er die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers „gekannt und ausgenutzt“ (!) hat, zur Begründung der Heimtücke nicht ausreichen¹¹⁰). Offenbar interpretiert der BGH in die „bewußte“ Ausnutzung eine besondere subjektive Komponente hinein, die nicht an den Vorsatz, sondern - in Gedanken an das frühere Überlegungsmerkmal¹¹¹) - an die (in der Regel schuld mindernde) heftige, affektartige Erregung anknüpft und dann eben doch, wie Praktiker ehrlich (oben bei Fußn. 101) und versteckt jetzt auch der BGH¹¹²) zugeben, auf nichts anderes als eine Verwerflichkeitsprüfung hinausläuft. Der BGH überläßt ausdrücklich alles „Nähere“ zur subjektiven Tatseite dem Trichter¹¹³). Das Verblüffende daran ist, daß der BGH damit eigenhändig, obwohl er das bekämpft, den Mordtatbestand „von einer höchst unsicheren Wertung“ - die Schwierigkeiten, Feststellungen zur inneren Tatseite zu treffen, sind bekannt¹¹⁴) - abhängig macht¹¹⁵).

⁹⁴) § 135 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 134 Abs. 3 E 1962; § 100 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 AE.

⁹⁵) Vgl. etwa Rieß, NJW 1968, 630; ders. MschrKrim 52 (1969), 40 f.; Horn in SK, § 211 Rdnr. 5 sowie Geilen, Dreher-Festschrift, 1977, S. 383 ff. Ferner Dreher/Tröndle, § 213 Rdnr. 1 („ersichtlich würde ... bei der Sachlage des § 213 die besondere Verwerflichkeit ... fehlen“; unverständlich dann aber § 211 Rdnr. 2); Otto, Grundkurs (Fußn. 45), S. 36 f.; Eser (Fußn. 39), § 213 Rdnr. 3. Vgl. auch Arzt, JR 1979, 11.

⁹⁶) Nachweise oben in Fußn. 51.

⁹⁷) BVerfGE 45, 268 spricht von der Mord-„qualifikation“ der Heimtücke und von Mord als „besonders schwerer Form“ vorsätzlicher Tötung (S. 270).

⁹⁸) Vgl. Schmidhäuser, JR 1978, 271.

⁹⁹) Horn in SK, § 211 Rdnr. 5.

¹⁰⁰) Vgl. schon Engisch, GA 1955, 165.

¹⁰¹) Staiger, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 186; vgl. ferner S. 188 f.

¹⁰²) So wie es in dem von Arzt (JR 1979, 12) geschilderten, vergleichbaren Fall von vorneherein geschehen ist.

¹⁰³) Siol (Fußn. 69), S. 113 f.

¹⁰⁴) BGH bei Holtz, MDR 1979, 456.

¹⁰⁵) Vgl. BVerfGE 45, 262; Koffka, Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd., S. 32; Arzt in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 155; Rüping, JZ 1979, 617.

¹⁰⁶) Vgl. Rieß, NJW 1968, 630 in Fußn. 28; Siol (Fußn. 69), S. 59.

¹⁰⁷) Vgl. etwa BGHSt 11, 144; BGH, NJW 1966, 1824; BGH v. 22. 11. 1977 - 1 StR 617/77, S. 4.

¹⁰⁸) Dazu oben II. 1. b.

¹⁰⁹) Vgl. Cramer, in: Schönke/Schröder (Fußn. 39), § 15 Rdnr. 49 ff., 59 ff.; Eser aaO, § 211 Rdnr. 39; Moos, ZStW 89 (1977), 806 f.

¹¹⁰) BGH bei Holtz, MDR 1979, 455 f.

¹¹¹) Vgl. BGH, GA 1975, 308; BGH v. 10. 1. 1977 - 3 StR 472/76, S. 4 ff.; BGH bei Holtz, MDR 1979, 455 f. (beide Entscheidungen zu § 211); Geilen (Fußn. 95), S. 383 ff., 387.

¹¹²) BGH bei Holtz, MDR 1979, 455: Erst in dem „bewußten Ausnutzen zeigt sich die feindselige Haltung des Täters gegen das Opfer, die dem Gesamtbild der heimtückischen Tat das Gepräge gibt“.

¹¹³) BGHSt 6, 331; BGH v. 23. 4. 1978 - 5 StR 664/77, S. 7.

Bei dieser Sachlage ist der den Mordtatbestand einschränkende Rückgriff auf den Strafmilderungsgrund des § 213 ehrlicher, klarer und sachgerechter. Sicher wird damit der Mordtatbestand in gewisser Weise von Strafzumessungserwägungen abhängig. Aber solche Erwägungen sind ehrlicher als die (stille) Empfehlung an den Tatrichter, durch strenge Anforderungen an die innere Tatseite der Heimtücke – gegebenenfalls mit Hilfe des Grundsatzes „in dubio pro reo“¹¹⁶⁾ – Mord zu verneinen.

Man kann die Augen nicht davor verschließen, daß die Probleme des Mordtatbestandes (wegen der absoluten Strafandrohung) nur von der Strafzumessung herrühren. Das wird nicht erst in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts deutlich¹¹⁷⁾. Die anderen deutschsprachigen Rechtsordnungen haben der absoluten Strafandrohung längst ihre Schärfe genommen:

– In Österreich verzichtet man auf Mordmerkmale. Der „Mord“ („Wer einen anderen tötet“) wird mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft (§ 75 ÖStGB). Als „Totschlag“ privilegiert ist, wer „sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung dazu hinreißen läßt, einen anderen zu töten“ (§ 76 ÖStGB). Einem solchen Täter droht Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren. (Es sei daran erinnert, daß der BGH insoweit Mord und damit die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht ausschließen will¹¹⁸⁾). Untragbare Ergebnisse dieser Art sind de lege lata zu vermeiden, indem man § 211 durch § 213 einschränkt.) Im übrigen hat der österreichische Gesetzgeber bei den allgemeinen Strafzumessungsgründen als „besondere Erschwerungsgründe“ Umstände genannt, die bei uns als Mordmerkmale ausgeformt sind (§ 33 Nr. 5 ÖStGB: Handeln aus „besonders verwerflichen Beweggründen“; Nr. 6: „heimtückisch“, „grausam“). Zu den „Besonderen Milderungsgründen“ zählt dagegen das Handeln „aus achtenswerten Beweggründen“ (§ 34 Nr. 3 ÖStGB), und nach § 41 Abs. 1 Nr. 1 ÖStGB („Außerordentliche Strafmilderung“) kann bei Mord die Freiheitsstrafe sogar bis auf ein (!) Jahr gesenkt werden, sofern (bei günstiger Prognose) die „Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich“ überwiegen.

– Die Schweiz droht in ihrem Mordtatbestand (Art. 112 SchwStGB) lebenslängliches Zuchthaus zwar absolut an; aber neben der ohnehin flexibleren Fassung¹¹⁹⁾ kann der Richter nach Art. 65 SchwStGB die lebenslängliche Strafe auf eine Zuchthausstrafe von nicht unter 10 Jahren mildern, wenn der Täter gemäß Art. 64 SchwStGB (unter anderem) „aus achtenswerten Beweggründen“ gehandelt hat oder „Zorn oder großer Schmerz über eine un gerechte Reizung oder Kränkung ihn hingerissen“ haben. Daneben privilegiert die Schweiz in ihrem Art. 113 SchwStGB als „Totschlag“ (wie Österreich) den Täter, der „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ getötet hat; die angedrohte Strafe beträgt bis zu zehn Jahren Zuchthaus.

– Auch die DDR verzichtet auf absolute Strafandrohungen. Ihre Regelung (§§ 112, 113 Abs. 1 Nr. 1 StGB DDR) entspricht etwa dem österreichischen Recht mit der Besonderheit, daß gemäß § 112 Abs. 2 StGB DDR in bestimmten Fällen auf Todesstrafe erkannt werden kann.

Die Regelungen dieser drei Staaten sollen hier gar nicht als Vorbild hingestellt werden. Nur beweisen sie, daß andere Gesetzgeber unsere starre Regelung mit ihrer Kombination von Mordmerkmalen und absoluter Strafandrohung für sachwidrig halten. Unser Gesetz hat durchaus gute Gründe für sich. Aber „da die Strafe starr

ist, muß der Begriff flexibel werden“¹²⁰⁾, muß das Gesetz eben einen Gegenfilter geben, der wie in den anderen Rechtsordnungen die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe in minder schweren Fällen ausschließt. Im Grunde sind die Mordmerkmale, wie ein Vergleich mit den in § 46 Abs. 2 genannten Gründen zeigt, verstatbestandlichte Strafzumessungsgründe¹²¹⁾ – ein gewiß übliches Verfahren (vgl. etwa §§ 223a, 224, 250), das aber in Verbindung mit einer absoluten Strafandrohung wegen seines der (gerechten) Strafzumessung dienenden Ziels Widersprüche in sich bergen muß¹²²⁾.

Daher trifft die Bemerkung des BGH im ersten Fall, die Erwägungen des Schwurgerichts unterschieden sich letztlich nicht von Strafzumessungserwägungen, durchaus den Kern der Sache. Freilich sollte der BGH daraus keinen Vorwurf herleiten, zumal er in der Sache selbst durch hohe Anforderungen an die innere Tatseite nicht anders entscheidet. Die Strafzumessungslösung dient, da sie die ausschlaggebenden Wertungsfaktoren, nämlich die Beweggründe, beim Namen nennt, der Rechtssicherheit (und Gerechtigkeit) mehr als das Ausweichen auf die nie genau faßbare innere Tatseite. Der hier gemachte Vorschlag, insoweit über den als „Gegenindikator“ zu § 211 verstandenen § 213 zum Strafrahmen des § 212 zu kommen, überfordert die Schwurgerichte nicht. § 213 spielt in der täglichen Praxis eine große Rolle¹²³⁾, so daß reiches Erfahrungsgut vorliegt.

Der Sache nach erkennen wir damit (vor allem über die 2. Alt. des § 213) einen minder schweren Fall des Mordes an¹²⁴⁾. Da auch Äußerungen aus BGH-Kreisen zumindest de lege ferenda in diese Richtung zielen¹²⁵⁾, könnte die Praxis wegen des verfassungsrechtlichen Hintergrundes in geeigneten Fällen möglicherweise doch schon de lege lata auf diese Linie einschwenken. Ein minder schwerer Fall liegt etwa vor, wenn sich der Täter in einer „allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung“ zur Tat „hinreißen läßt“ (so § 76 ÖStGB¹²⁶⁾, oder wenn „Mitleid, Verzweiflung oder andere Beweggründe, die den Täter zur Tat bestimmen, seine Schuld wesentlich mindern“ (so § 134 Abs. 3 E 1962; ähnlich § 100 Abs. 3 Nr. 1 AE).

Daß diese Strafzumessungslösung dem Tatrichter eine gewisse Verantwortung zuschiebt¹²⁷⁾, ist kein stichhaltiger Einwand. Denn erstens unterliegt auch die Strafzumessung einer revisionsrichterlichen Kontrolle. Zweitens gibt es keinen Grund, dem Tatrichter bei § 211 das zu versagen, was bei § 212 selbstverständlich ist¹²⁸⁾ und ihm hier sogar in der anderen Richtung (§ 212 Abs. 2) die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe erlaubt¹²⁹⁾. Drittens gibt es keinen anderen Weg, der geeignet ist, in allen – vorwiegend gerade die Heimtücke betreffenden – Grenzfällen eine schuldgerechte Strafzumessung zu ermöglichen. Viertens schließlich suchen die Tatgerichte auch im geltenden Recht ohnehin schon nach Wegen, von der lebenslangen Freiheitsstrafe wegzukommen, wenn diese ihnen als unangemessen hart erscheint¹³⁰⁾. Wertungsunterschiede wird es immer geben, da sie in der

¹²⁰⁾ Horn in SK, § 211 Rdnr. 6.

¹²¹⁾ Vgl. Schröder, Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., 1954, S. 284, 286 f.

¹²²⁾ Vgl. Baldus, Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd., S. 36: Mit einer „rein deskriptiven Umgrenzung (ist) einfach nicht auszukommen“. Bockelmann, ZStW 83 (1971), 244: Man könne feststellen, „daß es mit der Absolutheit der Strafandrohung gegen Mord niemals ganz ernst sein könne“.

¹²³⁾ Nach der Statistik bei Rieß, MschrKrim 53 (1970), 46 sind Verurteilungen nach § 213 häufiger als solche nach § 212.

¹²⁴⁾ Diese Einschränkung betrifft in praxi vor allem das Merkmal der Heimtücke: Vgl. Rieß, MschrKrim 52 (1969), 40 und Stai ger, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 189 f. Vgl. ferner Welzel, Lange, Jescheck, Niederschriften (Fußn. 41), 13. Bd., S. 223 f.

¹²⁵⁾ Woesner, NJW 1978, 1028. Vgl. ferner BGHSt 28, 79.

¹²⁶⁾ Näher hierzu Moos, ZStW 89 (1977), 802 ff.

¹²⁷⁾ Vgl. Arzt, JR 1979, 12.

¹²⁸⁾ Vgl. Schröder (Fußn. 121), S. 289.

¹²⁹⁾ Treffend zu dieser „Einseitigkeit“ des Gesetzes Arzt, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 143 f.

¹¹⁴⁾ In BGHSt 27, 324 f. war das mit ein Grund für die restriktive Interpretation des Heimtückemerkmals.

¹¹⁵⁾ Dieser Vorwurf im ersten Fall an das entscheidende Schwurgericht fällt daher auf den BGH zurück.

¹¹⁶⁾ Diesen Weg ist das Schwurgericht in dem von Arzt, JR 1979, 12 geschilderten Fall gegangen.

¹¹⁷⁾ BVerfGE 45, 259 ff.

¹¹⁸⁾ Etwa BGHSt 11, 144; BGH v. 23. 5. 1978 – 5 StR 664/77, S. 6.

¹¹⁹⁾ Wortlaut oben in Fußn. 65.

Natur der Sache, in der Strafzumessung („Spielraumtheorie“) liegen. Solange man Mordmerkmale wie die Heimtücke – die zwar grundsätzlich Mordcharakter hat, aber doch nicht gänzlich (auch nicht durch an sich vorzugswürdige restriktive Interpretationen) zu typisieren ist – beibehält, muß ein „Spielraum“ gegen die starre Strafanandrohung eröffnet werden.

Zurück zu den drei Ausgangsfällen: Sie sind nach allem zu Recht nicht als Mord einzustufen. Im ersten Fall hatte das Schwurgericht eine Provokationslage nach § 213 (1. Alt.) festgestellt, im zweiten und dritten trieben Verzweiflung die Angeklagten zur Tat.

5. Für das Erfordernis des verwerflichen Vertrauensbruchs aufschlußreich ist BGHSt 28, 210¹³¹⁾:

Der Angeklagte begann mit dem ihm unbekanntem, seinen Rausch in einer Bahnhofswartehalle ausschlafenden B einen Wortwechsel und zog ihm dabei Brieftasche und Papiere aus der Jacke. Die Papiere warf er in einen Mülleimer. B stand auf, forderte die Brieftasche zurück, meinte aber schließlich zum sich weigernden A, er brauche die Brieftasche ohnehin nicht mehr. Kurz darauf schlug B jedoch dem A mit der Faust in die Magengegend. Der Schmerz versetzte den A in Wut; er verließ den Wartesaal und besorgte sich auf einer Baustelle ein Schild. Mit diesem Schild kehrte er zurück und hieb mit Tötungsvorsatz zweimal auf den Kopf des B ein, der sich inzwischen wieder niedergelegt hatte.

Die Jugendkammer hatte eine heimtückische Tat mit der Begründung verneint, B habe mit einer Revanche des A „rechnen“ müssen. Der BGH betont demgegenüber zu Recht, daß sich B erkennbar keinem Angriff mehr ausgesetzt gesehen hat, nachdem der A für eine gewisse Zeit verschwunden und die Auseinandersetzung damit (im Unterschied zu BGHSt 27, 322) beendet war. Der BGH stellt dabei allein auf das *faktische* Verhalten des Opfers ab. Dem ist zuzustimmen. Denn die Erweiterung des Begriffs der Arglosigkeit um eine Fahrlässigkeitskomponente – oder (gleichbedeutend) um das Element der „begründeten“ Arglosigkeit¹³²⁾ – ist nicht zu rechtfertigen¹³³⁾. Der Mordcharakter der Tat kann nur durch besondere (mildernde) Beweggründe auf der Täterseite entfallen. Im vorliegenden Fall hatte der A seine „Wut“ selbst verschuldet. Daher liegen keine Gründe vor, die ausnahmsweise (über § 213) zum Ausschluß des § 211 führen.

Im übrigen lehnt es der BGH ausdrücklich ab, für die Heimtücke den Bruch eines bestehenden Vertrauensverhältnisses zu verlangen: „Es erschiene unerträglich, den Überfall auf einen Ahnungslosen allein deshalb nicht als heimtückisch anzusehen, weil Täter und Opfer bis dahin in keiner persönlichen Beziehung zueinander gestanden haben¹³⁴⁾“. Diese Auffassung verdient Zustimmung. Die gegenteilige herrschende Auffassung¹³⁵⁾ ist aus folgenden Gründen abzulehnen¹³⁶⁾:

(1) Die These vom verwerflichen Vertrauensbruch bringt gerade in den Grenzfällen keinen Fortschritt¹³⁷⁾. Das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses ist kein geeigneter Mordindikator. Das verdeutlicht schon ein Blick in die typische Totschlagskriminalität. In der Untersuchung von *Sio*¹³⁸⁾ betrafen 24 von 32 Totschlags-

fällen Verhältnisse in der Familie, zum Intimpartner und zu engen Bekannten. Es überrascht daher, wenn Anhänger der Vertrauensthese Selbstmorde unter Einbeziehung von Familienangehörigen, Mitleidstaten und Affekttötungen im Intimbereich richtig als problematische Heimtückefälle erkennen und dann zur Einschränkung des Merkmals einen verwerflichen Vertrauensbruch fordern¹³⁹⁾, obwohl das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses, einer personalen Beziehung kaum zweifelhaft sein kann. Man vergegenwärtige sich all diejenigen Tötungen, die sich aus einer offen feindseligen Auseinandersetzung entwickeln und die den BGH nun zur Einschränkung seiner Rechtsprechung veranlaßt haben¹⁴⁰⁾. Man halte sich ferner die seit jeher besonders umstrittenen Entscheidungen des Großen Senats in BGHSt 9, 385 und 11, 139 vor Augen. Zu nennen ist ferner die Fallgruppe, die sich als Verzweiflungstötung des (schlafenden oder hinterrücks angegriffenen) Familientyrannen umschreiben läßt, die man nicht als Mord bestrafen will¹⁴¹⁾. Auch bei den zweifellos mordunwürdigen Mitleids- oder Euthanasiefällen¹⁴²⁾ liegt in der Regel ein Vertrauensverhältnis (Arzt-Patient, Angehöriger-Kranker) vor.

(2) Die eingefügte Vertrauenskomponente verringert die praktischen Schwierigkeiten nicht¹⁴³⁾. Denn wegen der geschilderten Fälle sind Einschränkungen nicht zu vermeiden. So soll eine heimtückische Tötung bei einem „im Ansatz sittlich-wertbejahenden Handlungswillen“¹⁴⁴⁾ oder – mit der angreifbaren Entscheidung BGHSt 9, 385 – bei fehlender feindlicher Willensrichtung¹⁴⁵⁾ ausscheiden. Oder man erklärt, es liege kein Vertrauensverhältnis vor, wenn das Opfer auf seine Macht vertraute¹⁴⁶⁾. Ferner wird ein Vertrauensverhältnis abgelehnt, wenn es „tiefgreifend gestört“ war und sich die Individuen nicht mehr „nahestanden“¹⁴⁷⁾. Auch soll nur das (noch) „schutzwürdige“ Vertrauensverhältnis¹⁴⁸⁾, nur „berechtigtes“ Vertrauen¹⁴⁹⁾ geschützt sein. Schließlich kann man die „Verwerflichkeit“ des Vertrauensbruchs verneinen¹⁵⁰⁾. Dieser Streifzug beweist, daß die These vom (verwerflichen) Vertrauensbruch ohne greifbare Konturen ist. Hinzu kommt der Streit, ob das Vertrauen „faktisch“¹⁵¹⁾ oder „normativ“¹⁵²⁾ zu bestimmen ist. Schließlich lassen sich leicht Beispielfälle bilden, in denen die Frage nach einem Vertrauensverhältnis schwierige Abgrenzungsfragen hervorruft¹⁵³⁾. All diese Schwierigkeiten könnten abgeschwächt werden, wenn man für das Heimtückemerkmal zusätzlich fordern würde, daß der Täter das Opfer (oder die Schutzperson) in Vertrauen *gewiegt* haben muß. Aber da solche Fälle verhältnismäßig selten und im übrigen auch schwer nachweisbar sind, würde sich die Bedeutung der Heimtücke auf ein nicht vertretbares Maß reduzieren.

(3) Vor allem sondert das den Mordtatbestand einschränkende Vertrauenserfordernis sachwidrig solche Fälle aus, die eine Einstufung als Mord verdienen. Insbesondere wird die Mordfrage ohne vernünftigen Grund

¹³⁰⁾ Jescheck, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 129 f.

¹⁴⁰⁾ Dazu oben IV. 3 und die Nachweise in Fußn. 90.

¹⁴¹⁾ Vgl. RGSt 60, 318; BGH, NJW 1966, 1823; Schwalm, Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd. S. 65; Jescheck aaO., 13. Bd., S. 204. Zu BGHSt 3, 183 näher unten V. 1.

¹⁴²⁾ BVerfGE 45, 264; Maurach/Schroeder (Fußn. 42), S. 39.

¹⁴³⁾ Geilen (Fußn. 9), S. 258; Arzt, JR 1979, 11.

¹⁴⁴⁾ Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 236.

¹⁴⁵⁾ Schaffstein (Fußn. 32), S. 429 f.

¹⁴⁶⁾ Otto, ZStW 83 (1971), 64; ders., Grundkurs II (Fußn. 45), S. 31.

¹⁴⁷⁾ Vgl. Hassemer, JuS 1971, 629, 630.

¹⁴⁸⁾ Horn in SK, § 211 Rdnr. 32.

¹⁴⁹⁾ Lange (Fußn. 7), S. 233.

¹⁵⁰⁾ Dazu oben II. 2. b.

¹⁵¹⁾ Schaffstein (Fußn. 32), S. 428.

¹⁵²⁾ Lange (Fußn. 7), S. 233.

¹⁵³⁾ Geilen (Fußn. 9), S. 255: Täter lockt von Parkbank aus Kinder an, um sie zu vergiften. Siol (Fußn. 69), S. 52: Täter tötet überraschend eine Frau, die mit ihm das gleiche Bahnabteil benutzte, als sie ihn nach Zudringlichkeiten zurückstieß (weitere Fälle aus der Praxis auf S. 67).

¹³⁰⁾ Vgl. Arzt, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 150; Bertram aaO., S. 167 ff.; Staiger aaO., S. 186, 188; Steigleder, Mörder und Totschläger, 1968, S. 8; Koffka, Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd., S. 32.

¹³¹⁾ Ein Parallelfall in der Badischen Zeitung vom 22. 5. 1979, S. 9: Der Täter randalierte in einem Clubheim und erhielt vom Wirt nach einem beleidigenden Wortwechsel eine Ohrfeige. Mit den Worten: „Mit dir rechne ich noch ab!“ verließ der Täter das Lokal. Eine Viertelstunde später tauchte er wieder auf und schoß dem (anscheinend überraschten) Wirt mit einer Schrotflinte tödlich in den Rücken. – Zu Recht wurde Haftbefehl wegen „Mord“ verdrachts erlassen.

¹³²⁾ Arzt, JR 1979, 12.

¹³³⁾ Siehe oben IV. 3. Vgl. jetzt auch M.-K. Meyer, JR 1979, 443.

¹³⁴⁾ BGHSt 28, 212.

¹³⁵⁾ Nachweise oben in Fußn. 45.

¹³⁶⁾ Näher auch Geilen (Fußn. 9), S. 248 ff., 253 ff.; Arzt, JR 1979, 11; Siol (Fußn. 69), S. 66 ff.

¹³⁷⁾ Arzt, JR 1979, 11.

¹³⁸⁾ Siol (Fußn. 69), S. 107.

von der „Geographie der Tatausführung“¹⁵⁴) abhängig. So kann in BGHSt 2, 60 die Heimtücke nicht davon abhängen, ob der Täter die vertrauensvolle Umarmung zur Tötung ausnutzt¹⁵⁵) oder sich einen Tag später rächt, indem er seinem Opfer aus einem Hinterhalt heraus auflauert. Oder nehmen wir den Fall BGHSt 3, 184, der den Anhängern der Vertrauensthese als Paradebeispiel dient¹⁵⁶): Soll auf einmal Mord vorliegen, wenn der Täter seinen Stiefvater bei einem gemeinsamen Abendessen hinterrücks erschlägt oder im Schlafe tötet? Ein anderes Beispiel: Soll die mittäterschaftliche Tötung des schlafenden Ehemannes durch die Ehefrau und ihren Geliebten nur bezüglich der Ehefrau heimtückisch sein¹⁵⁷)? Lassen wir ferner in BGHSt 27, 322 die schlafende Frau getötet werden: Wenn dem Ehemann die Hausgemeinschaft noch nicht aufgekündigt war, so begeht er einen Mord, sofern er die Frau als Schlafgenossin tötet. Steigt er aber, etwa um sich ein Alibi zu verschaffen, wie ein Dritter (maskiert) über den Balkon in die Wohnung ein, soll ein Mord wohl nicht mehr in Frage kommen. Auf jeden Fall entfällt Mord, falls ein gedungener Täter oder ein sonstiger Dritter (etwa ein enttäuschter Liebhaber) oder der Ehemann nach Aufkündigung der Wohngemeinschaft die Tat ausführen¹⁵⁸). Weiterhin: Tötet der Ehemann seine Ehefrau überraschend bei einem gemeinsamen Spaziergang im einsamen Wald, ist Mord zu bejahen, lauert er ihr dagegen im Wald auf, entfällt Mord, da die Frau „niemandem Vertrauen“ schenkt¹⁵⁹). Und ein letztes widersinniges Beispiel: Wenn ein gedungener Täter die Ehefrau durch einen mit einem Lichtschalter gekoppelten Sprengsatz töten will, so soll heimtückisches Handeln ausscheiden¹⁶⁰), tut dagegen der Ehemann dasselbe, müßte Mord möglich sein. Gänzlich der Heimtücke entzogen würden (terroristische) Attentate¹⁶¹) sowie plötzliche Überfälle. Fälle wie BVerfG, NJW 1979, 207 wären kein Mord, sofern man nicht – was aber immer schwierig und gewiß die schlechtere Lösung ist – auf die niedrigen Beweggründe ausweichen¹⁶²) kann.

V. Wenn wir die bisher gewonnenen Erkenntnisse auf problematische, noch nicht wieder überprüfte BGH-Entscheidungen zur Heimtücke übertragen, so ergibt sich folgendes:

1. Die Entscheidung BGHSt 3, 183 ist nicht haltbar¹⁶³). Es handelt sich um eine Verzweiflungstat, die „einem Gefühl der Rat- und Ausweglosigkeit“ (S. 184) entspringen ist und einem Familientyrannen gegolten hat. Es liegt (über § 213, 2. Alt.) ein minder schwerer Fall des Mordes vor, der die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe verbietet. Bei einer solchen „Gegenindikation“ bleibt die konkret heimtückische Tatausführung unbeachtlich.

2. Merkwürdig ist der Fall BGHSt 6, 329 (ausführlicher in NJW 1954, 1896). Die Frau hatte mit ihrem Geliebten die Tötung des (schlafenden) Ehemannes verabredet. Vor der gemeinsam durchgeführten Tat machte sich die Frau den Geliebten durch ein „Liebesspiel“ in gewisser Weise gefügig. Der BGH bezweifelt, ob sich der Geliebte infolge seiner Erregung der heimtückischen Tatausführung

„bewußt“ gewesen sei. Aber daß der Ehemann schlief, war dem Geliebten zweifellos bekannt¹⁶⁴). Vermutlich hielt der BGH für beide Täter nicht dieselbe (nämlich die „lebenslange“) Strafe für angemessen, weil die Frau die treibende Kraft war. Da der Mordtatbestand jedoch eine unterschiedliche Strafzumessung nicht ermöglicht und der Geliebte auch nicht als Teilnehmer bestraft werden konnte, verfiel der BGH auf einen anderen Ausweg – ein Beispiel mehr dafür, daß das Übel des § 211 letztlich in der absoluten Strafandrohung liegt.

3. Im Stachinsky-Fall (BGHSt 18, 87) konnte der BGH das Verdikt „Lebenslänglich“ nur mit Hilfe einer extensiv interpretierten subjektiven Teilnahmetheorie vermeiden. Daß in diesem Fall den BGH Strafzumessungserwägungen zu einer heute (wegen § 25 Abs. 1, 1. Alt.) jedenfalls zweifelhaften dogmatischen Konstruktion veranlaßten, ist deutlich¹⁶⁵) und beweist erneut die Notwendigkeit einer Strafzumessungsvorschrift für minder schwere Fälle; dann nämlich könnten die tragenden Gesichtspunkte offen genannt werden.

4. Über das Ergebnis der Entscheidung des Großen Senats in BGHSt 9, 385 besteht Einigkeit. Die Begründung (Fehlen der „feindlichen“ Willensrichtung) schafft freilich nur Verwirrung¹⁶⁶). Welcher Totschläger kann sich schon, ernsthaft anmaßen, seinem Opfer „freundlich“ gesinnt zu sein? In Wirklichkeit geht es in BGHSt 9, 385 wegen der tiefen Verzweiflung des Angeklagten um einen minder schweren Fall des Mordes.

5. Der zweiten Entscheidung des Großen Senats (BGHSt 11, 139) ist zu widersprechen¹⁶⁷). Daß trotz einer „entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ (S. 144) die lebenslange Freiheitsstrafe soll verhängt werden dürfen, widerspricht dem Schuldprinzip. Der Fall ähnelt der (oben unter IV. 4 besprochenen) Entscheidung des BGH vom 23. 5. 1978 – 5 StR 664/77, wo der BGH im Ergebnis einen Mord bezweifelte. Auf die dortigen Ausführungen sei daher verwiesen. Wahrscheinlich könnte der BGH heute BGHSt 11, 139 nicht mehr halten. Die vom BGH damals gebilligte Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe (S. 141) ist nicht schuldgerecht. Nicht entscheidend ist auch, ob die „heftige Gemütsbewegung“ des Angeklagten „entschuldbar“ war oder nicht (vgl. S. 142); denn diese (für den Großen Senat im übrigen entscheidungsunerhebliche) Frage liegt hier auf einer kaum festzumachenden Grenze, die die Tat auf jeden Fall zu einer „minder schweren“ macht.

6. BGHSt 22, 77 verdient dagegen grundsätzlich Zustimmung¹⁶⁸). Es kann, nachdem das Opfer in den Hinterhalt gelockt wurde, keinen Unterschied machen, ob der Täter dem so oder so hilflosen Opfer nun offen feindselig entgegentritt oder nicht. Einer solchen Tat¹⁶⁹) haftet „ganz unzweifelhaft“¹⁷⁰) wegen der angewandten List und Täuschung, eben ihrer „Tücke“, etwas besonders Verwerfliches an. Auch in der Schweiz stuft die Rechtsprechung derartige Taten als Mord ein¹⁷¹). Im konkreten Fall BGHSt 22, 77 mögen zwar die Motive des Täters infolge seiner Herkunft und der (in der Heimat) vorausgegangenen Vergewaltigung seiner Frau durch das Opfer empfindbar gewesen sein; ungerecht ist die Entscheidung aber nicht¹⁷²), da es sich im Grunde um private Rachejustiz handelt, die keinen Schutz verdient.

7. Nicht haltbar – vom Bundesverfassungsgericht als

¹⁵⁴) Geilen (Fußn. 9), S. 256.

¹⁵⁵) Darauf stellt Schmidhäuser, Einführung in das Strafrecht, 1972, S. 112 f., 116 ab.

¹⁵⁶) Schaffstein (Fußn. 32), S. 430 mit Fußn. 21; Schmidhäuser (Fußn. 155), S. 113, 116; ders. JR 1978, 270.

¹⁵⁷) Vgl. den Fall BGH, NJW 1954, 1896. Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 266 lehnt für den Geliebten Heimtücke ab.

¹⁵⁸) Vgl. zum Vorhergehenden Geilen (Fußn. 9), S. 256 ff. mit Fußn. 31 bis 34 insbesondere gegen Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 235. Auch in der Schweiz wird ein solcher Fall als Mord bestraft (Kriminalgericht Thurgau, Rechtsprechung in Strafsachen, 1974, Nr. 736).

¹⁵⁹) Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 235.

¹⁶⁰) Samson (Fußn. 45), S. 212.

¹⁶¹) Geilen (Fußn. 9), S. 238, 253.

¹⁶²) Vgl. Schaffstein (Fußn. 32), S. 420; Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 266.

¹⁶³) So auch Schmidhäuser JR 1978, 270. Zweifeln Niese, JZ 1953, 549; Jescheck, JZ 1957, 387.

¹⁶⁴) Vgl. auch Engisch, GA 1955, 165.

¹⁶⁵) Vgl. BGHSt 18, 94 f.; Sax, JZ 1963, 329; Roxin in LK, 10. Aufl. 1978, § 25 Rdnr. 42; Rüping, JZ 1979, 617.

¹⁶⁶) Siehe schon oben II. 1. b.

¹⁶⁷) Ablehnend auch Krey (Fußn. 35), S. 29; Maurach/Schroeder (Fußn. 42), S. 39.

¹⁶⁸) So auch Blei (Fußn. 45), S. 22; Krey (Fußn. 35), S. 23; Maurach/Schroeder (Fußn. 42), S. 39; Tröndle, GA 1973, 321 f. A. A. Arzt, LH 1 (Fußn. 42), S. 39.

¹⁶⁹) Anderes Beispiel (Locken zur „letzten, offenen Aussprache“) bei Krey (Fußn. 35), S. 22.

¹⁷⁰) BGHSt 27, 324.

¹⁷¹) BGE 100 IV, 129 f.; 101 IV, 279 ff.

¹⁷²) A. A. Staiger, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 187.

„bedenklich“ bezeichnet¹⁷³⁾ – sind BGHSt 8, 216 und BGH bei *Dallinger*, MDR 1973, 901, soweit der BGH bei der Tötung von Kleinstkindern heimtückisches Handeln dann bejaht, wenn der Täter durch wohlgeschmeckendes oder mit der Nahrung vermischtes Gift die natürlichen Abwehrinstinkte des Kindes ausschaltet. Denn es ist eine „geradezu haarspalterische Interpretation“, die lebenslange Freiheitsstrafe davon abhängig zu machen, ob die Tabletten gut oder bitter schmecken¹⁷⁴⁾, ob die Mutter mit körperlichen Kräften das Kind ertränkt, erstickt, erwürgt oder die Natur des Kindes überlistet¹⁷⁵⁾. Heimtückisches Handeln gegenüber Kleinstkindern sollte generell ausgeschlossen werden.

8. Wenn der Täter freilich die Schutzbereitschaft Dritter arglistig beseitigt, um das Kleinstkind (oder sonstige konstitutionell Arglose) in der so geschaffenen Hilflosigkeit zu töten, ist mit dem BGH die Heimtücke grundsätzlich zu bejahen¹⁷⁶⁾. Diese Fälle weisen Parallelen zu den Hinterhalt-Fällen (oben 6) auf: Während in letzteren das Opfer selbst in die hilflose Lage gelockt wird, wird das Kleinstkind durch das Weglocken¹⁷⁷⁾ des schutzbereiten Dritten hilflos gemacht. Allerdings muß man gerade bei der Tötung von Kleinstkindern (vgl. § 217) sorgfältig prüfen, ob nicht eine (über § 213) mildere Motivationslage vorliegt. In soweit sind BGHSt 3, 330 (hier verweist *Jagusch*¹⁷⁸⁾ auf die – verspernte¹⁷⁹⁾ – Gnadeninstanz) und mehr noch die Konfliktsituation der Mutter in BGHSt 8, 216 Grenzfälle, bei denen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht schuldgerecht wäre.

9. In einem Punkt allerdings scheint die Rechtsprechung zu engherzig zu sein, nämlich insoweit, als sie die Tötung des Schlafenden, nicht aber die des Besinnungslosen für heimtückisch hält¹⁸⁰⁾. Es fällt nicht schwer, dieser Rechtsprechung Widersprüchlichkeiten vorzuhalten. Dreher¹⁸¹⁾ hat daher mit seinen gegen eine solche Differenzierung gerichteten kritischen Anmerkungen breite Zustimmung¹⁸²⁾ erfahren. Dennoch wäre es voreilig, dem BGH hier zu widersprechen. Der Schlaf – auch derjenige, der einen „übermann¹⁸³⁾“ – ist ein natürlicher, die Besinnungslosigkeit hingegen in der Regel ein unnatürlicher, ungewollter Zustand¹⁸⁴⁾. Vor allem gehen in den forensisch relevanten Fällen, wie BGHSt 19, 321 und BGH bei *Holtz*, MDR 1977, 282 zeigen, der (bevorstehenden) Bewußtlosigkeit des Opfers Tätlichkeiten voraus; das Opfer ist dadurch „vorgewarnt“ und hat die Möglichkeit zur Gegenwehr gehabt. Es wäre ein widersinniges und von Zufälligkeiten abhängiges Ergebnis, in einem Fall wie BGHSt 19, 321 die Heimtücke – ob Verdeckungsabsicht vorliegt, ist eine andere Frage – dann zu bejahen, wenn das ohnehin kampfunfähige Opfer nun besinnungslos gewesen wäre, als der Täter den Tötungsvorsatz faßte. Die Differenzierung zwischen Schlafenden und Besinnungslosen hat daher durchaus einen (forensischen) Sinn, und man sollte bei der Tötung Bewußtloser eher den Strafraum des § 212 nach oben ausschöpfen, als diese Fälle generell dem Mordtatbestand unterwerfen.

VI. Reformpolitisch treten wir dafür ein, im Mordtatbestand – unter Beibehaltung jedenfalls der Heimtücke – einen (teils benannten) minder schweren Fall mit einer Strafuntergrenze von fünf Jahren vorzusehen. Diese Lösung – die bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der §§ 211 ff. bereits de lege lata gilt¹⁸⁵⁾ – haben

¹⁷³⁾ BVerfGE 45, 266.

¹⁷⁴⁾ Arzt, LH 1 (Fußn. 42), S. 31.

¹⁷⁵⁾ Schmidhäuser (Fußn. 155), S. 115 f.

¹⁷⁶⁾ BGHSt 4, 13; 8, 219 f.; BGH, NJW 1978, 709.

¹⁷⁷⁾ Dem gleichzustellen das Verhalten in BGHSt 8, 217.

¹⁷⁸⁾ Anm. zu BGH LM Nr. 20.

¹⁷⁹⁾ Siehe oben III.

¹⁸⁰⁾ BGHSt 23, 120; BGH bei *Holtz*, MDR 1977, 282.

¹⁸¹⁾ MDR 1970, 248 ff.

¹⁸²⁾ Krey (Fußn. 35), S. 26 f.; Blei (Fußn. 45), S. 22 f.; Tröndle, GA 1973, 321; M.-K. Meyer, JR 1979, 441.

¹⁸³⁾ Vgl. BGHSt 23, 121.

¹⁸⁴⁾ Vgl. Willms Anm. zu BGH, LM Nr. 64.

¹⁸⁵⁾ Siehe oben IV. 4 nach Fußn. 95.

die anderen deutschsprachigen Staaten auf ihre Art schon verwirklicht¹⁸⁶⁾; sachlich, aber als Totschlag kaschiert¹⁸⁷⁾, sah das auch der E 1962 (§ 135 Abs. 2 Satz 2) vor. Dieser Vorschlag entschärft das Heimtückemerkmal, kommt der Forderung nach seiner Abschaffung¹⁸⁸⁾ aber nicht nach, da dies wiederum eine Aussonderung mordwürdiger Fälle¹⁸⁹⁾ mit sich brächte und die Praxis auf die schwierigen „niedrigen Beweggründe“ ausweichen ließe.

Abzuraten ist von der Schweizer Regelung¹⁹⁰⁾, und zwar unabhängig von dem Tatbestandsmerkmal der „Gefährlichkeit“, das jedenfalls in der Auslegung der Schweizer Rechtsprechung¹⁹¹⁾ mit dem Schuldprinzip in Konflikt gerät. Das wichtigere Merkmal der „besonders verwerflichen Gesinnung“, in dem *Welzel* überspitzt einen „Verfall der Rechtskultur“ sieht¹⁹²⁾, hat in der Schweiz – ohne daß freilich ungerechte Ergebnisse zu verzeichnen wären – zu einer bedenklichen Subjektivierung der Urteile geführt, die mit Hilfe einer Art „Lebensführungsschuld“ den „Tätertyp“ des Mörders herauszufinden versucht. So fehlt dem Mörder die „anständige Grundgesinnung¹⁹³⁾“, und es ist zu fragen, was sich für seinen Charakter „aus seinem sonstigen Lebenslauf“¹⁹⁴⁾ ergibt. Schlußfolgerungen auf die besonders verwerfliche Gesinnung läßt auch das Verhalten nach der Tat zu¹⁹⁵⁾. Daher fällt es als „besondere Gemütslosigkeit“ erschwerend ins Gewicht, wenn der Täter „weder echte Reue noch tiefergehende Besserungsvorsätze empfindet“¹⁹⁶⁾.

Nicht wiederbelebt werden sollte schließlich das Merkmal der „Überlegung“¹⁹⁷⁾. Es überrascht, wenn *Woesner*¹⁹⁸⁾ dieses subjektiv gefärbte Merkmal einer „rational bestimmten Lösung“ zugrunde legen will. Außerdem ermöglicht es, wie *Woesner* selbst erkennt, keine klare Konzeption, da es einerseits zu weit¹⁹⁹⁾ und andererseits zu eng²⁰⁰⁾ ist.

Insgesamt hat es sich gezeigt, daß das Mordmerkmal „heimtückisch“ entgegen den Vorstellungen des E 1962 (§ 135) und des Alternativ-Entwurfs (§ 100 Abs. 2) durchaus geeignet ist, typischerweise besonders verwerfliche Tötungsfälle (§ 211) zu erfassen. Freilich braucht man wegen der absoluten Strafandrohung einen Gegenfilter, der in minder schweren Fällen (§ 213) die Verhängung einer schuldgerechten (zeitigen) Strafe ermöglicht. Diese (flexible und auf den Mordtatbestand generell übertragbare) Lösung nimmt der absoluten Strafandrohung die Spitze, ohne indes zu ihrer oder zur Aufgabe von in Einzelfällen gelegentlich problematischen Mordmerkmalen zu zwingen.

¹⁸⁶⁾ Siehe oben IV. 4 nach Fußn. 117.

¹⁸⁷⁾ Um theoretisch den „großen Ernst des Mordtatbestandes“ nicht zu relativieren? Vgl. Jescheck, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 134.

¹⁸⁸⁾ Arzt, LH 1 (Fußn. 42), S. 40; Dreher, MDR 1970, 250; Tröndle, GA 1973, 321 mit Fußn. 1; Rüping, JZ 1979, 620, 621. Dagegen aber etwa auch Schmidhäuser (Fußn. 50), S. 105; Geilen (Fußn. 9), S. 260.

¹⁸⁹⁾ Betroffen neben den oben IV. 1, IV. 2, IV. 5 besprochenen BGH-Entscheidungen etwa BGHSt 2, 60; BVerfG NJW 1979, 207.

¹⁹⁰⁾ Wortlaut oben in Fußn. 65. A. A. noch Schönke/Schröder, 17. Aufl. 1974, § 211 Rdnr. 4. Im Sinne des Textes jetzt auch Rüping, JZ 1979, 619.

¹⁹¹⁾ Vgl. BGE 81 IV, 154. Kritisch auch Stratenwerth (Fußn. 66), S. 26 ff.

¹⁹²⁾ Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd., S. 34.

¹⁹³⁾ Obergericht Zürich, SJZ 66 (1970), 344.

¹⁹⁴⁾ Obergericht Zürich, SJZ 67 (1971), 246.

¹⁹⁵⁾ BGE 87 IV, 115; 101 IV, 281.

¹⁹⁶⁾ Binder, SchwZStR 67 (1952), 324. Aus der Praxis: BGE 95 IV, 166 f.

¹⁹⁷⁾ Dagegen auch Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 25 f., 31 f.; Arzt, ZStW 83 (1971), 7 ff.; Otto, ZStW 83 (1971), 52 ff.; Staiger, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 189; Rüping, JZ 1979, 621.

¹⁹⁸⁾ NJW 1978, 1027 f.

¹⁹⁹⁾ Beispiele bei Simson/Geerds (Fußn. 197), S. 25 f. Aus der Praxis: BGHSt 3, 183; 8, 216; 9, 385 und sachlich auch 18, 87.

²⁰⁰⁾ Beispiele: BGHSt 2, 60; 27, 281; BGH, NJW 1978, 709; BVerfG, NJW 1979, 207.