Zuerst erschienen in: Monatsschrift für Deutsches Recht 33 (1979), 12, S. 969-974

Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS)
URL: http://www.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/2007/4422/
URN: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-44221

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

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

I. 1. Das Mordmerkmal der Heimtücke ist seit jeher Zweifeln ausgesetzt gewesen[1]). Man könnte daher annehmen, die Beschäftigung des Bundesverfassungsgerichts mit diesem Problem sei nur noch eine Frage der Zeit gewesen. Das ist aber so zumindest ungenau. Denn der Vorlagebeschluß des LG Verden[2]) zielte weniger auf einzelne Mordmerkmale als vielmehr auf die absolute Strafandrohung. In diesem Punkt hat das Bundesverfassungsgericht auch nachgegeben, da es nur „optisch" an dem „Lebenslänglich" festhält, faktisch aber für den „Lebenslänglichen" die (gesetzlich geregelte) Chance verlangt, „je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden"[3]). Freilich ist es wohl doch kein reiner Zufall, daß im Fall des LG Verden gerade die problematischsten Merkmale, die Heimtücke und die Verdeckungsabsicht, zum Mordtatbestand führten, obgleich die konkrete Tat[4]) eigentlich nicht als Grenzfall zwischen Mord und Totschlag bezeichnet werden kann[5]).

2. Das Bundesverfassungsgericht mußte jedenfalls, da es die lebenslange Freiheitsstrafe nicht abschaffen will, die Verfassungsmäßigkeit auch des den Gegenstand dieses Beitrages bildenden Heimtückemerkmals erörtern. Die bisherigen Reaktionen auf die diesbezüglichen (restriktiven) Aussagen des Verfassungsgerichts[6]) schwanken zwischen Euphorie[7]), mehr oder weniger deutlicher Zustimmung[8]), Skepsis[9]) und Ablehnung[10]). Einerseits wird das Urteil als „Wende"[11]) und „prägnante Richtlinie für die künftige Strafrechtsanwendung"[12]) begrüßt, andererseits deutlich vor seinen vielleicht einen „Rückschritt um Jahrzehnte" bringenden „moralisierenden Bestrebungen"[13]) sowie der Aussicht gewarnt, daß das Bundesverfassungsgericht „gerade bei der Heimtücke als Kronzeuge für sehr gegensätzliche Auffassungen ins Feld geführt werden" könnte[14]). Auf jeden Fall hat das Verfassungsgericht eine „neue Situation"[15]) geschaffen, vor der auch der BGH in seinen bisher bekanntgewordenen Entscheidungen die Augen nicht ganz verschließen konnte. Die Analyse dieses Fallmaterials steht im Mittelpunkt unserer Abhandlung (unten IV). Es handelt sich dabei um vier veröffentlichte und vier unveröffentlichte Urteile[16]). Hieran anschließend (unten V) wollen wir auf solche BGH-Entscheidungen eingehen, die bisher nicht erneut überprüft wurden, bevor ein reformpolitischer Ausblick (unten VI) den Beitrag abschließt. Am Anfang muß aber eine Übersicht über den Meinungsstand zum Mordmerkmal „heimtückisch" (unten II) und eine genaue Analyse der Aussagen des Bundesverfassungsgerichts (unten III) stehen.

II. 1. Der BGH hat nach anfänglichen Schwankungen[17]) die Heimtücke stets als die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur Tat definiert[18]).

a) Die *objektive* Seite der Heimtücke wird demnach durch die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gekennzeichnet. Arglos ist nach der (bisherigen) Rechtsprechung, wer sich zur Zeit der Tat keines tätlichen Angriffs auf Leben *oder* Leib versieht[19]). Arglos kann nur sein, wer Argwohn hegen kann; das Opfer muß also selbst oder mit Hilfe schutzbereiter Dritter theoretisch (physisch und psychisch) in der Lage sein, die böse Absicht des Täters wahrzunehmen und dem Angriff entgegenzutreten[20]). Kleinstkinder[21]) und Besinnungslose[22]) können daher nicht arglos sein, wohl aber Schlafende, weil ihre Arglosigkeit sie „mit in den Schlaf" begleitet[23]), sowie Kleinstkinder dann, wenn der Täter ihre „natürlichen" Abwehrinstinkte (durch wohlschmeckendes Gift u. ä.) ausschaltet[24]). Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit stark eingeschränkt ist[25]).

b) Auf der *subjektiven* Seite erfordert die Heimtücke die „bewußte Ausnutzung" der Arg- und Wehrlosigkeit. Dafür genügt nicht, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur in einer äußerlichen, nicht ins Bewußtsein dringenden Weise wahrnimmt, vielmehr muß er darüber hinaus die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat erfassen, diese Lage eben „bewußt" zu seinen Gunsten „ausnutzen"[26]). Das alles kann oft „mit

---

[1]) Der Entwurf 1962 (§ 135) und § 100 Abs. 2 des Alternativ-Entwurfs (BT, 1. Halbband, 1970) verzichten sogar auf dieses Merkmal. Näher zur Reform unten VI.

[2]) NJW 1976, 980 ff.

[3]) BVerfGE 45, 187 (Leitsatz 3), 227 ff. Vgl. auch Schmidhäuser, JR 1978, 267 ff.

[4]) Sachverhalt in BVerfGE 45, 190 ff.

[5]) Vgl. § 135 Abs. 2 Satz 1 E 1962 und § 100 Abs. 2 Nr. 5 AE sowie BVerfGE 45, 266 und BGHSt 27, 281. Die Tat war im voraus geplant.

[6]) BVerfGE 45, 262 ff.

[7]) Lange, Horst Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 217 ff.

[8]) Schmidhäuser, JR 1978, 269 f.; Arzt, JR 1979, 7, 12; Blei, Strafrecht II, 11. Aufl. 1978, S. 23.

[9]) Geilen, Horst Schröder-Gedächtnisschrift, S. 235 ff.

[10]) Woesner, NJW 1978, 1025 ff.

[11]) Lange (Fußn. 7), S. 217.

[12]) Schmidhäuser, JR 1978, 270.

[13]) Woesner, NJW 1978, 1026.

[14]) Geilen (Fußn. 9), S. 238.

[15]) Blei (Fußn. 8), S. 21.

[16]) BGH v. 27. 9. 1977 – 1 StR 470/77 = NJW 1978, 709; BGH v. 22. 11. 1977 – 1 StR 617/77 (unveröff.); BGH v. 21. 12. 1977 – 2 StR 452/77 = BGHSt 27, 322; BGH v. 23. 5. 1978 – 5 StR 664/77 (unveröff., nur teilweise bei Holtz, MDR 1978, 804); BGH v. 24. 5. 1978 – 2 StR 724/77 (unveröff.); BGH v. 21. 6. 1978 – 3 StR 56/78 (unveröff., nur teilweise bei Holtz, MDR 1978, 805); BGH v. 29. 11. 1978 – 2 StR 504/78 = BGHSt 28, 210; BGH v. 18. 1. 1979 – 4 StR 694/78 (bei Holtz, MDR 1979, 455).

[17]) BGH, NJW 1951, 410.

[18]) BGHSt 9, 385; 11, 143; 19, 321; BGH, NJW 1978, 709.

[19]) BGHSt 20, 310 f.; BGH, GA 1967, 244 f. Weiter einschränkend jetzt BGHSt 27, 322 ff.

[20]) BGHSt 3, 332; 4, 13; 8, 216 ff.; 18, 38. Siehe dazu auch die Anm. von Jagusch zu BGH LM Nr. 6.

[21]) BGHSt 4, 11 ff.; 8, 218; BGH, NJW 1978, 709.

[22]) BGHSt 23, 120; BGH bei Holtz, MDR 1977, 282.

[23]) BGHSt 23, 120 f. Vorher schon BGH LM Nr. 5.

[24]) BGHSt 8, 218 f.; BGH bei Dallinger, MDR 1973, 901.

[25]) BGH, GA 1971, 113; ferner GA 1967, 245.

[26]) Vgl. BGHSt 6, 121 f., 331; 11, 144; BGH, NJW 1966, 1824; BGH bei Holtz, MDR 1978, 805; BGH v. 22. 11. 1977 – 1 StR 617/77, S. 4; BGH bei Holtz, MDR 1979, 455 f.

einem Blick" geschehen[27]) und wird auch nicht durch eine (entschuldbare) heftige Gemütsbewegung ausgeschlossen[28]), bedarf aber in Fällen starker Erregung einer sorgfältigen Prüfung (durch den Tatrichter), weil die Erregung den Täter hindern kann, die erforderlichen Vorstellungen in sein Bewußtsein aufzunehmen[29]). Auf der inneren Tatseite scheint damit das Merkmal der Heimtücke über das nach allgemeinen Vorsatzregeln Erforderliche hinauszugehen[30]). Diese Einengung hat in der Praxis, wie wir sehen werden (unten IV. 4), eine große Bedeutung. Denn sie dient als Hintertür, die unbillige Ergebnisse vermeiden hilft. Dagegen praktisch sehr selten[31]) und oft in seiner Wirkung überschätzt[32]) ist die Verneinung der „Ausnutzung" der Arg- und Wehrlosigkeit in solchen Fällen, in denen die Tat nicht von einer „feindlichen Willensrichtung" gegen das Opfer getragen ist, der Täter also glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln[33]).

2. In der Literatur wird diese Rechtsprechung (mehr oder weniger) als Ausgangspunkt akzeptiert, jedoch vielfach ihre Weite kritisiert. Man hält der in erster Linie tatbezogenen Interpretation des Heimtückemerkmals entgegen, sie könne den Schritt von § 212 zur absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe in § 211 nicht rechtfertigen. Die Argumentation des BGH, wonach das Gesetz die besondere Gefährlichkeit des Vorgehens bestrafe und dabei weniger an den Täter als an das hinterrücks überfallene Opfer denke, das in einer hilflosen Lage überrascht werde und sich daher nicht wehren könne[34]), versucht man durch den Hinweis zu widerlegen, daß die Rechtsprechung den Starken privilegiere, weil die Heimtücke „einfach die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität" sei[35]); außerdem seien dann die meisten vorsätzlichen Tötungen Mord, weil der Täter seinem Opfer nur selten durch eine „offene Kampfansage"[36]) die Gelegenheit geben werde, sich zu verteidigen, Hilfe herbeizuholen oder zu fliehen[37]). Der von der Rechtsprechung verwandte deskriptive Heimtückebegriff sei wertneutral und nicht in der Lage, die Fälle mit Mordqualität zu erfassen[38]).

a) Eine heute bezüglich des Heimtückemerkmals vereinzelte Meinung will deshalb im Wege einer einschränkenden Typen- oder Tatbestandskorrektur[39]) Mord nur bejahen, wenn das Mordmerkmal festgestellt ist und darüber hinaus „die Tat ihrem Gesamtcharakter nach den Stempel besonderer Verwerflichkeit trägt"[40]). Die entscheidende Einschränkung einer derartigen generellen Verwerflichkeitslösung liegt dabei, wie man sich verdeutlichen muß, darin, daß die Tat Ausdruck einer besonders verwerflichen *Gesinnung* sein muß[41]). Denn die im Hinblick auf § 211 kritisierte „Wertneutralität" der deskriptiven Umschreibung des Heimtückebegriffs läßt sich nur durch eine zusätzliche subjektive Komponente beseitigen. – Der BGH hat diese Auffassung stets abgelehnt, weil sie für die Rechtssicherheit untragbar sei[42]).

b) Die heute weitaus herrschende Meinung schränkt, vom BGH ebenfalls[43]) (und wenigen Gegenstimmen[44])) abgelehnt, den Heimtückebegriff ein, indem sie – so etwa ihr gemeinsamer Nenner – einen (besonders) verwerflichen Vertrauensbruch verlangt[45]). Der Täter muß also im Unterschied zur eingangs geschilderten Mindermeinung (zusätzlich) ihm entgegengebrachtes Vertrauen mißbrauchen, was eine gewisse personale Beziehung zwischen Täter und Opfer voraussetzt. Man rechtfertigt die Vertrauenskomponente damit, daß in solchen Fällen regelmäßig die besondere Unwertsteigerung gegenüber dem Totschlag gegeben sei[46]). *Schmidhäuser*, der diese Auffassung entscheidend geprägt hat, spricht von der „letzten unendlichen Gemeinheit"[47]), denjenigen zu töten, der sich dem (späteren) Täter vertrauend in die Hand gegeben hat. Daneben wird darauf hingewiesen, daß das Vertrauenserfordernis gegenüber der generellen Verwerflichkeitslösung ein größeres Maß an Rechtssicherheit bringe[48]). Da man freilich andererseits auch erkennt, daß der Vertrauensmißbrauch nicht unbedingt per se das gegenüber dem Totschlag gesteigerte Unrecht ausmacht, ist zusätzlich ein „besonders[49]) verwerflicher" Vertrauensbruch zu fordern. An dieser Stelle trifft man sich mit der generellen Verwerflichkeitslösung und öffnet die Tür zu einer Gesamtbewertung der Tat[50]).

c) Eine dritte, vereinzelt gebliebene Meinung stimmt der den abschließenden Charakter der Mordmerkmale

---

[27]) BGHSt 6, 121, 331.

[28]) BGHSt 3, 183 ff.; 11, 144; BGH, NJW 1978, 709; BGH bei Holtz, MDR 1978, 805; MDR 1979, 456.

[29]) BGHSt 6, 331; BGH, NJW 1966, 1824; BGH bei Holtz, MDR 1978, 805; BGH v. 23. 5. 1978 – 5 StR 664/77, S. 6 ff.

[30]) Das übersieht Wessels, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 1978, S. 12. Vgl. aber Engisch, GA 1955, 165.

[31]) BGH, NJW 1978, 709.

[32]) Siehe nur BVerfGE 45, 263: „Eine einschneidende Einschränkung"; ferner Schaffstein, H. Mayer-Festschrift, 1965, S. 429 f.

[33]) BGHSt 9, 385, 390; 11, 143.

[34]) BGHSt 11, 143 f. Zustimmend Woesner, NJW 1978, 1027.

[35]) Jescheck, JZ 1957, 387. Siehe ferner Krey, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 1976, S. 30.

[36]) Niese, JZ 1953, 549.

[37]) Schaffstein (Fußn. 32), S. 425 f.; Bockelmann, Strafrecht BT 2, 1977, S. 14.

[38]) Staiger, in: Jescheck/Triffterer, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? 1978, S. 185.

[39]) Ich sehe keine praktische Relevanz in der Frage, ob man die Tatbestandskorrektur (wie hier) „positiv" oder (wie Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 19. Aufl. 1978, § 211 Rdnr. 10) „negativ" formuliert (a. A. wohl Arzt, JR 1979, 8).

[40]) Bertram, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 175. Vgl. ferner Rieß, NJW 1968, 630; Wessels (Fußn. 30), S. 11.

[41]) Vgl. Jescheck, JZ 1957, 387; Busch, Rittler-Festschrift, 1957, S. 295, 296; Dünnebier, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7. Bd., 1959, S. 30, 349 f.; Lange in LK, 9. Aufl. 1974, § 211 Rdnr. 3. Auch Welzel (Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969), der subjektiv eine besondere Falschheit und Verschlagenheit verlangt (S. 283), meint nichts anderes (siehe S. 284). Praktisch überträgt man hierbei die in den Mordmerkmalen der ersten und dritten Gruppe sowie im Merkmal der Grausamkeit unstreitig sichtbare „Grundidee des Mordes" (Welzel aaO., S. 284), nämlich die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung, auf das Heimtückemerkmal, das ja auch vom Wortlaut her („Tücke") einer subjektiven Interpretation zugänglich ist. – Beachte, daß Jescheck und Lange ihre Meinung inzwischen weiter eingeschränkt haben (unten Fußn. 45). – Wenn Schwalm (MDR 1957, 261; 1958, 397) auf das „Fehlen eines achtenswerten Beweggrundes" abstellt, so läuft das ebenfalls auf eine Verwerflichkeitsprüfung hinaus (Schaffstein [Fußn. 32], S. 427; Horstkotte, Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes?, Diss. iur. Hamburg 1967, S. 122). Bei dieser (mißglückten) Formulierung könnte sogar weitergehend *jeder* achtenswerte Beweggrund den Mord ausschließen (ohne Möglichkeit einer Gesamtabwägung). Schwalm selbst will aber gar nicht so weit gehen (vgl. MDR 1958, 396 f.).

[42]) Sehr deutlich BGHSt 11, 144 f. sowie ferner 3, 186, 332; 9, 389. Zustimmend Schwalm, MDR 1958, 397; Arzt, Strafrecht BT, LH 1, 1977, S. 28 f.; ders. JR 1979, 9, 12; Maurach/Schroeder, Strafrecht BT 1, 6. Aufl. 1977, S. 32; Woesner, NJW 1978, 1026.

[43]) BGHSt 3, 185; 7, 221; BGHSt 28, 210.

[44]) Maurach/Schroeder (Fußn. 42), S. 39; Geilen, Horst Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 248 ff., 253 ff.; Wessels (Fußn. 30), S. 12; Arzt, JR 1979, 11.

[45]) Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 232 ff.; ders. JR 1978, 271; Blei, Strafrecht II, 11. Aufl. 1978, S. 23; Bockelmann (Fußn. 37), S. 14 f.; Eser (Fußn. 39), § 211 Rdnr. 26; Hassemer, JuS 1971, 630; Horn in SK, § 211 Rdnr. 32; Jescheck in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 130; Krey (Fußn. 35), S. 30; Lange (Fußn. 7), S. 233; Otto, ZStW 83 (1971), 63 f.; ders., Grundkurs Strafrecht II, 1977, S. 29; Roxin/Schünemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre, 3. Aufl. 1977, S. 115 f.; Samson, Strafrecht I, 2. Aufl. 1977, S. 212 f.; Schaffstein (Fußn. 32), S. 428; Staiger, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 185, 187.

[46]) Der BGH pflegt zu sagen, daß in solchen Fällen eine heimtückische Tötung „erst recht" vorliege (BGHSt 2, 61); vgl. ferner BGHSt 3, 185 sowie Wessels (Fußn. 30), S. 12.

[47]) Gesinnungsmerkmale (Fußn. 45), S. 234.

[48]) Schaffstein (Fußn. 32), S. 428; Bockelmann (Fußn. 37), S. 15.

[49]) Ob man von einem „besonders" verwerflichen oder nur einem „verwerflichen" Vertrauensbruch spricht, hat keine eigenständige Bedeutung, da es allemal um eine Gesamtbewertung der Tat geht.

betonenden Rechtsprechung zwar zu, will aber in den Fällen des § 213 den Zugriff auf § 211 ausschließen[51]).

III. Die so verschiedenartigen Reaktionen im Schrifttum (oben I. 2) auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zeigen, daß keine Klarheit über die Tragweite des Urteils besteht.

Das Bundesverfassungsgericht betont zunächst, daß nach dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldgrundsatz Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen und die verhängte Strafe die Schuld des Täters nicht übersteigen darf[52]). Es billigt die in § 211 deutliche Absicht des Gesetzgebers, mit einer absoluten Strafandrohung einen Beitrag zur Rechtssicherheit und gleichmäßigen Bestrafung zu leisten, räumt allerdings ein, daß der darin liegende „Schematismus im Einzelfall zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann"[53]). Da solche Ergebnisse mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar sind, darf das Gesetz insoweit die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht zulassen. Das Bundesverfassungsgericht hält die gesetzliche Regelung jedoch für schuldgerecht, und zwar einmal wegen der §§ 20, 21, 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 StGB und § 106 Abs. 1 JGG sowie zum anderen deshalb, weil das Mordmerkmal „heimtückisch" verfassungskonform restriktiv ausgelegt werden kann (und muß)[54]). Was die restriktive Auslegung der Heimtücke betrifft, so nimmt das Gericht die auch in der Rechtsprechung vorhandenen einschränkenden Tendenzen zustimmend zur Kenntnis, fügt aber hinzu, es könnten immer noch Fälle erfaßt werden, denen nicht „das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat" anhaftet[55]). Anders ausgedrückt: Die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe entspricht allein dann der Verfassung, wenn das Heimtückemerkmal „nur besonders verwerfliche Fälle der Tötung trifft"[56]). Wie das nun in problematischen Grenzfällen zu bewerkstelligen ist, überläßt das Bundesverfassungsgericht dem letztlich zuständigen BGH. Die Verfassungsrichter führen aus, daß sowohl das Erfordernis eines verwerflichen Vertrauensbruchs als auch die Einführung des generellen Merkmals der „besonderen Verwerflichkeit der Tat" dem Gesetz einen „vernünftigen, dem erkennbaren Gesetzeszweck nicht zuwiderlaufenden Sinn" gäben[57]). Freilich schließt das Gericht nicht die dritte Möglichkeit aus, daß eine andere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechene Interpretation gefunden wird.

Aus alldem lassen sich etwa die folgenden Leitlinien gewinnen:

– Das Gesetz muß, wenn es in § 211 die lebenslange Freiheitsstrafe androht, gewährleisten, daß nur solche Taten erfaßt werden, die „besonders verwerflich" sind. Mord ist demnach ein besonders verwerflicher Fall der Tötung[58]). Eine Stellungnahme für eine der Literaturmeinungen (oben II. 2) unterbleibt freilich eindeutig. Ebenso fehlen genaue Hinweise darauf, was das Bundesverfassungsgericht unter der „besonderen Verwerflichkeit" versteht.

– Da in *jedem* Einzelfall ein schuldgerechtes Ergebnis gefunden werden muß, ist die Korrektur unbilliger Entscheidungen über die Gnadeninstanz – wie teilweise empfohlen[59]) – verfassungswidrig.

– Die heimtückische Tötung unterscheidet sich bei der gebotenen restriktiven Auslegung so wesentlich von einfachen vorsätzlichen Tötungen, daß der Sprung zur lebenslangen Freiheitsstrafe gerechtfertigt ist[60]).

– Es bestehen keine Bedenken, die einschränkenden Auffassungen des Schrifttums (oben II. 2. a, b) für verfassungsgemäß zu halten.

– Die zustimmende Kenntnisnahme der einschränkenden Tendenzen in der Rechtsprechung läßt (mit Vorsicht) den Schluß zu, daß es kein Zurück hinter die bisherige BGH-Rechtsprechung gibt.

IV. 1. Die erste bekanntgewordene Entscheidung des BGH, die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts erging, ist in NJW 1978, 709 veröffentlicht:

Die Ehefrau hatte den Angeklagten verlassen und war mit der gemeinsamen dreijährigen Tochter zu ihrem Liebhaber gezogen. Auf Vereinbarung mit seiner Frau holte der A das Kind zu einem Besuch in seine Wohnung. Als der A das Kind zur Musik tanzen sah, schoß in ihm die Vorstellung durch den Kopf, daß die Tochter „in Zukunft bei wechselnden Liebhabern seiner Frau leben und ohne Vater aufwachsen müsse". Der (früher schon einmal beschlossene, aber wieder aufgegebene) Plan, sich und die Familie zu töten, schoß in ihm wieder hoch. Er nahm einen Schal, trat seitlich auf das noch tanzende Kind zu und legte ihm den Schal um den Hals, den er im Nacken kreuzte und schnell mit aller Kraft zuzog, um dem Kind lange Leiden zu ersparen.

Wenn man unterstellt, daß die dreijährige Tochter normal entwickelt war und damit (anders als bei Kleinstkindern) ihre Arglosigkeit ausgenutzt werden konnte, so gibt es nach der Auffassung des BGH keine Zweifel an der heimtückischen Tatausführung. Zu Recht widerspricht der BGH dem Schwurgericht, das die Heimtücke verneinen wollte, weil dem Täter die „feindselige Willensrichtung" gefehlt habe – ein Beispiel mehr dafür, welche Verwirrung diese unglückselige Einschränkung stiftet[61]). Zu einer näheren Auseinandersetzung mit BVerfGE 45, 187 sah sich der BGH nicht veranlaßt, da es „bei der besonderen Fallgestaltung nicht zweifelhaft sein (kann), daß das Vorgehen des Angekl. einen verwerflichen Vertrauensbruch gegenüber dem ihn aufsuchenden Kind darstellte und als eine besonders verwerfliche Tat anzusehen ist"[62]). Das Bestehen eines (schutzwürdigen) Vertrauensverhältnisses zwischen Vater und Kind liegt in der Tat auf der Hand. Die Frage, worin die (besondere) „Verwerflichkeit" der Tat liegt, bedarf aber doch weiterführender Bemerkungen. Natürlich ist es schwer, ein solches (Wert)-Urteil zu fällen, und der vorliegende Fall, den das Schwurgericht offenbar nicht als Mord einstufen wollte, unterstreicht sowohl diese Schwierigkeit wie auch die bekannte (nicht unberechtigte) Skepsis des BGH[63]) gegen einschränkende Generalformeln, eine Skepsis, die wohl auch die Ursache ist, weshalb der BGH nähere Ausführungen zur Verwerflichkeit der Tat unterläßt.

Der BGH scheint von der heimtückischen Tatausführung auf die (besondere) Verwerflichkeit der Tat zu schließen. Ein solcher gleichsam automatischer Schritt rechtfertigt sich nur dann, wenn das Heimtückemerkmal auch generell geeignet ist, die besonders verwerflichen Tötungsfälle zu erfassen. Der Ausgangsfall gibt demnach Anlaß, die prinzipielle Berechtigung des Mordmerkmals „heimtückisch" zu untersuchen.

Insoweit wird man nach dem Urteil des Verfassungsgerichts zunächst sagen können, daß das Heimtückemerkmal, sofern es mit der Rechtsprechung vorwiegend deskriptiv verstanden wird, nicht mehr unbedingt per se den Schritt vom Totschlag zum Mord rechtfertigt. Denn

---

[50]) Das wird deutlich bei Eser, Horn und Samson (wie Fußn. 45 aaO.), ferner bei Kohlrausch/Lange, StGB, 43. Aufl. 1961, § 211 Anm. VIII 5 und Schmidhäuser, Würtenberger-Festschrift, 1977, S. 106. A. A. aber offenbar Schaffstein (Fußn. 32), S. 424 f., 429 f. Vgl. auch Geilen (Fußn. 9), S. 256.

[51]) Maurach/Schroeder (Fußn. 42), S. 32 f.; Horstkotte (Fußn. 41), S. 125 ff. Vgl. auch Rieß, NJW 1968, 630 und Geilen, Dreher-Festschrift, 1977, S. 383 ff. Dem BGH, der die Exklusivität von Mord und Totschlag betont (BGHSt 1, 370 f.; 6, 330; 22, 377), ist dieser Weg wegen des Wortlautes des § 213 versperrt.

[52]) BVerfGE 45, 259 f.

[53]) AaO., S. 261.

[54]) AaO., S. 261 ff.

[55]) AaO., S. 266.

[56]) AaO., S. 269.

[57]) AaO., S. 267.

[58]) Vgl. auch Schmidhäuser, JR 1978, 271.

[59]) Jagusch, Anm. zu BGH LM Nr. 20; Baldus und Fritz, Niederschriften (Fußn. 41), 7. Bd., S. 28 bzw. 30 sowie Baldus aaO., 13. Bd., S. 203 f.; Bertram, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 177. Dagegen schon Lembert, Die verfassungsrechtliche Korrektur des § 211 StGB, Diss. iur. München 1965, S. 73 ff.

[60]) BVerfGE 45, 268.

[61]) Vgl. oben II. 1. b.

[62]) BGH, NJW 1978, 710.

[63]) Nachweise in Fußn. 42.

die objektive Ausführungsart – einbezogen die Tötungshandlungen (hier Erdrosseln) – ist verhältnismäßig wertneutral. Dies belegt auch das Merkmal der Grausamkeit, in das auch die Rechtsprechung als (neben der objektiven Begehungsweise) zusätzliches Erfordernis eine „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung" hineininterpretiert[64]). Die „besondere Verwerflichkeit der Tat" darf daher nicht allein objektiven Umständen entnommen, sondern muß durch eine subjektive Komponente angereichert werden. Ob man dies als (verwerfliche) „Gesinnung" bezeichnet, ist eine zweitrangige Frage. Wesentlicher ist die Frage, welcher Art die subjektive Komponente sein muß und wie sie festzustellen ist.

In der Schweiz, deren Mordtatbestand stark subjektiv geprägt ist[65]), sieht man in der heimtückischen Begehungsweise einen „Umstand", der die „besonders verwerfliche Gesinnung" des Täters offenbaren kann[66]). Die Heimtücke indiziert also in gewisser Weise den Mordtatbestand. Bei uns wird teilweise bestritten (oben II. 2), daß die „heimtückische" Tatausführung, wie sie der BGH versteht, gegenüber der „offenen" Tötung grundsätzlich eine die lebenslange Freiheitsstrafe rechtfertigende Schuldsteigerung bedeutet. Der Opferschutz-Theorie des BGH ist indes ihre *prinzipielle* Berechtigung und Eignung, die „besonders verwerflichen" Tötungsfälle zu erfassen, nicht abzusprechen. Den Täter dafür zu belohnen, daß er sein Opfer gewissermaßen schonend heimlich und überraschend tötet und ihm nicht auch noch die „Todesangst auflädt"[67]), geht an der Sache vorbei. Denn erstens ist „Todesangst", wie *Geilen* es treffend formuliert[68]), „als Ausgangspunkt einer möglicherweise im Ergebnis doch erfolgreichen Verteidigung immer noch besser als eine die Nerven zwar schonende, aber gerade deshalb gelungene Tötung". Zweitens muß man sehen, daß die Tötungshemmung niedriger liegt, weil der Täter dem Opfer nicht Auge in Auge gegenübertritt und die Tatausführung wegen geringerer Entdeckungsgefahr leichter fällt[69]). Drittens ist es für den „heimtückisch" handelnden Täter typisch, daß er planmäßig vorgeht[70]), also „mit Überlegung" handelt, wie es der alte Mordtatbestand[71]) vorsah, während sich die „offene" Tötung in der Regel aus einer Konfliktsituation heraus entwickelt, also am ehesten auf irgendwie „begreiflichen" und eben nicht „verwerflichen" Gründen beruht[72]). Schließlich überwiegen in den Statistiken die Totschlagsdelikte die Mordfälle[73]). Die höhere Anzahl der „offenen" Tötungen kann nicht allein damit erklärt werden, daß die Schwurgerichte dem BGH die Gefolgschaft verweigern[74]). Auch die gegenüber versuchtem Mord häufigeren Verurteilungen wegen versuchten Totschlags[75]) weisen auf eine jedenfalls teilweise infolge „offener" Kampfansage erfolgreiche Verteidigung hin. Der gut und modern bewaffnete Täter, dem gegenüber das Opfer überhaupt keine Chancen hat, ist in der Praxis nicht die Regel[76]).

Nach allem hat die Heimtücke – auch wenn sie vorwiegend tatbezogen interpretiert wird – als typisierendes Mordmerkmal durchaus ihre Berechtigung. Der beanstandete „Rigorismus" des BGH[77]) ist, wie wir im Verlaufe dieser Untersuchung noch sehen werden, so groß nicht, da die Literatur im Ergebnis nur wenige Entscheidungen angreift. Allerdings bedarf dieses Merkmal durchaus in gewissen Fällen einer Korrektur, die wegen der objektiv gleichbleibenden Tatausführung nur in einer subjektiven Komponente liegen kann. Daß in Grenzfällen nicht die objektive Ausführungsart – gleich welcher Intensität (eine Ausnahme machen die „gemeingefährlichen Mittel", weil hier weitere Personen gefährdet werden) – entscheidend ist, belegt auch deutlich das schon erwähnte Merkmal der Grausamkeit.

Das Heimtückemerkmal kann demnach gewissermaßen durch im subjektiven Bereich liegende „Gegenindikationen" ausgeschlossen sein, was selbst der BGH einmal, als er die „feindselige Willensrichtung" verneinte, anerkannt hat[78]). Solche (die restriktive Interpretation des Merkmals „heimtückisch" ermöglichenden) „Gegenindikationen" sind – soviel genügt zur vorläufigen Verdeutlichung – etwa bei Affekt-, Verzweiflungs- und Mitleidstaten, oder, mit anderen Worten, in den Fällen des § 213 und bei jeder begreiflichen heftigen Gemütserregung angezeigt. Dabei wird die rechtsstaatlich beste Lösung zweifellos dann gefunden, wenn es gelingt, die „Gegenindikationen" ohne Rückgriffe auf mehr oder weniger generalklauselartige Formeln zu typisieren.

Kehren wir nach diesen grundsätzlichen Überlegungen zum Ausgangsfall zurück. Da der Angeklagte weder in einer Affekt-, Verzweiflungs- oder Mitleidssituation gehandelt und noch dazu ihm entgegengebrachtes Vertrauen mißbraucht hat, beanstandete der BGH die auf Totschlag lautende Entscheidung des Schwurgerichts zu Recht.

2. Dem zweiten (unveröffentlichten) Urteil (BGH v. 22. 11. 1977 – 1 StR 617/77) liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte befand sich als Mitfahrer im Pkw des später getöteten Sch auf einer langen Fahrt von Deutschland in die Schweiz. Die beiden waren befreundet (gemeinsame Reisen, Kuraufenthalt, mehrere gemeinschaftliche geschäftliche Vorhaben). Auch diese Fahrt diente geschäftlichen Plänen, die aber offenbar (jedenfalls teilweise) krimineller Art waren. Denn Sch hatte dem A 60 000,– DM als Vorschuß für Bilder und eine so bezeichnete „Aktion Lebensabend" gegeben; A hatte (gestohlene) Bilder geliefert. Im Pkw herrschte eine „sehr gereizte Stimmung". Sch war wütend, weil er sich mehrfach verfahren hatte, obwohl der A ortskundig sein sollte. Sch warf dem A vor, er sei ein „Versager" – was der A auf Grund früherer Ereignisse auch sexualbezogen (miß)deutete – sowie ein „kompletter Idiot". Außerdem äußerte Sch, die Bilder seien wertlos, und er wolle die investierten 60 000,– zurückhaben. Der A geriet durch diese Unmutsäußerungen in Erregung, reagierte aber nicht auf sie. Er faßte schnell den Entschluß, Sch zu töten, und gab auf Sch, der auf der kurvenreichen, bergigen und schmalen Straße vollauf mit dem Führen des Kraftfahrzeuges beschäftigt war, plötzlich fünf Schüsse aus einem vorher in der Kleidung verborgen getragenen Revolver ab.

Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen Mordes: Der A habe heimtückisch getötet, da seinem Angriff „weder Tätlichkeiten noch sonstige, den Argwohn des Opfers erregende Handlungen" (S. 5) vorausgegangen seien. Auch hält der Senat „grundsätzlich" (ohne bei besonderen Fallgestaltungen andere Ergebnisse auszuschließen) daran fest, daß der Grund für die Strafschärfung bei der heimtückischen Tötung in der besonderen Gefährlichkeit des Tätervorgehens liege (S. 6 f.).

---

[64]) BGHSt 3, 181, 264; BGH bei Dallinger, MDR 1974, 14.

[65]) Art. 112 SchwStGB lautet: „Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft."

[66]) Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) 82 IV, 8; 101 IV, 281; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 2. Aufl. 1978, S. 23, 25.

[67]) Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 233; ebenso Otto, ZStW 83 (1971), 63.

[68]) Geilen (Fußn. 9), S. 259.

[69]) Vgl. Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 58; Geilen (Fußn. 9), S. 259; Woesner, NJW 1978, 1027.

[70]) Siol (Fußn. 69), S. 58. Vgl. auch Geilen (Fußn. 9), S. 260.

[71]) Der bis 1941 geltende § 211 a. F. lautete: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft."

[72]) Vgl. Siol (Fußn. 69), S. 107, 115. In 82 % der von ihm untersuchten 32 Totschlagsfälle war der Tötungshandlung ein Streit oder eine Auseinandersetzung vorausgegangen. 20 Fälle betrafen dabei gestörte Verhältnisse in Ehe, Familie und zum Intimpartner, 4 Fälle Streitigkeiten mit engen Bekannten. Vgl. ferner Götz, GA 1977, 324 (Tabelle 4).

[73]) Vgl. Rieß, MschrKrim 52 (1969), 30; Götz, GA 1977, 322.

[74]) So aber Schaffstein (Fußn. 32), S. 425.

[75]) Vgl. die Statistiken bei Rieß, MschrKrim 53 (1970), 46; Götz, GA 1977, 322; Arzt, in: Jescheck/Triffterer (Fußn. 38), S. 155.

[76]) So schon Geilen (Fußn. 9), S. 259 f. gegen Schmidhäuser (Fußn. 45), S. 233.

[77]) Blei (Fußn. 45), S. 23.

[78]) BGHSt 9, 385, 390.

Hilfsweise bejaht der BGH im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch einen verwerflichen Vertrauensbruch: Sch habe dem A, als er ihn auf dem Beifahrersitz Platz nehmen ließ, „volles Vertrauen" entgegengebracht, da man sich nahegestanden habe (S. 7). Dem dürften die Anhänger der Vertrauensthese (oben II. 2. b) nicht widersprechen, es sei denn, man wollte hier wegen der (mit)vorhandenen kriminellen Komponente ein „berechtigtes"[79]) Vertrauen oder ein „sittlich bestimmtes"[80]) Vertrauensverhältnis verneinen. Daneben bejaht der BGH ebenfalls hilfsweise die besondere Verwerflichkeit der Tat, wobei bemerkenswert ist, daß er die Frage aufwirft, ob die Erregung des A das Unwerturteil zu mindern geeignet ist – offenbar ganz im Sinne einer subjektiv begründeten „Gegenindikation" (siehe oben IV. 1). Da aber eine Provokationslage gemäß § 213 nicht vorlag, die Tat außer jedem Verhältnis zum Anlaß stand und die Erregung nicht unverschuldet war (die Bilder konnten vertretbar als minderwertig angesehen werden), kommt der BGH (S. 8) zu dem richtigen Schluß: „Die Erregung ist deshalb nicht geeignet, das erhebliche sittliche Unwerturteil über das Verhalten des Angeklagten zu beeinflussen. Die Tat bleibt auch bei Berücksichtigung der Gemütslage des Angeklagten besonders verwerflich."

3. Die beiden folgenden Entscheidungen bringen eine bedeutende Einschränkung der bisherigen Rechtsprechung:

BGHSt 27, 322: Der Angeklagte hatte in 30 Ehejahren stets unter den Demütigungen seiner Frau gelitten. Bis zur Selbstaufgabe war er dennoch immer wieder um Annäherung bemüht. Seine Frau wollte sich aber scheiden lassen und versperrte ihm den Zugang zur früheren Ehewohnung. In Selbsttötungsgedanken wollte der A nochmals einen Aussöhnungsversuch unternehmen. Er drang zu diesem Zwecke nach Art eines Einbrechers, ein Messer in der Hand haltend, nachts in die Wohnung ein. Die Ehefrau erwachte beim Betätigen des Lichtschalters und beschimpfte sogleich den in der Schlafzimmertür stehenden A. Sie forderte ihn mit beleidigenden Worten zum Verlassen der Wohnung auf. Sie „blieb aber ruhig und lang ausgestreckt, nur den Kopf erhoben, im Bett liegen". Sie rechnete nicht mit einem tätlichen Angriff. Der Angeklagte erwiderte die Beschimpfungen mit den Worten: „Du Intigrantin, was hast du mir angetan!" Er war nun zum Töten entschlossen, sprang zum Bett der immer noch auf dem Rücken liegenden Frau und erstach sie mit vielen Messerstichen.

BGH vom 24. 5. 1978 – 2 StR 724/77 (unveröff.): Das spätere Tatopfer W hatte der Angeklagten während einer von dieser herbeigeführten Auseinandersetzung einen Schlag versetzt, sie zu Fall gebracht und sich anschließend in seine Wohnung begeben. Die A schlug mit ihrem Schrubber heftig gegen die Wohnungstür, wurde aber zunächst von ihrem Ehemann fortgeführt. Noch unter den Nachwirkungen des Streits stehend, ging sie nach einer Viertelstunde erneut zur Wohnung des W und schlug mit dem Schrubber so stark gegen die Wohnungstür, daß W befürchtete, sie werde die Tür einschlagen. Als er die Tür öffnete, um Einhalt zu gebieten, versetzte ihm die A mit Tötungsvorsatz einen Messerstich in die Bauchgegend.

Da diese Fälle nicht unbedingt als „besonders verwerflich" eingestuft werden können, andererseits aber der (jeweils entscheidende) 2. Senat offenbar nicht – noch dazu gegen den Großen Senat[81]) – die „besondere Verwerflichkeit" zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal erheben wollte, sah sich das Gericht unter dem Eindruck der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer anderen einschränkenden Lösung gezwungen[82]). Unter Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung (oben II. 1. a) läßt der BGH die dem Heimtückemerkmal innewohnende Arglosigkeit des Opfers nicht mehr nur dann entfallen, wenn es sich zumindest eines *tätlichen* Angriffs versehen hat, sondern verneint die „Arg" des Opfers nach *jedem* offen feindseligen Verhalten des Täters, sofern sich daran die Tötungshandlung *unmittelbar* anschließt. Daß sich das Opfer, so der BGH in dem unveröffentlichten Urteil (S. 4), „nicht gerade eines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versah, ist ohne Belang".

Neben einem vagen Hinweis auf das vom Bundesverfassungsgericht betonte „Erfordernis der Verhältnismäßigkeit" rechtfertigt der BGH seine neue Rechtsprechung mit Praktikabilitätserwägungen[83]). Erstens entlastet die neue Grenzziehung den Tatrichter von schwierigen Feststellungen zur inneren Tatseite. Damit spricht der BGH einen Punkt an, der in den anschließend (unten 4) besprochenen Entscheidungen noch eine zentrale Rolle spielen wird. Zweitens wird die Frage Mord oder Totschlag von Vorstellungen des Opfers wesentlich unabhängiger. Der darin liegende praktische Gewinn ist bedeutend, weil das Opfer im Falle der Tatvollendung nicht mehr reden kann und im Falle des Versuchs als „Verletzter" kein zweifelsfreies Beweismittel ist.

Der Bruch des BGH mit seiner sonstigen Begründungslinie, die entscheidend auf die besondere Gefährlichkeit des Tätervorgehens für das Opfer abstellt, ist nicht zu verkennen[84]). Denn allein eine offen feindselige (verbale) Konfrontation ist für das Opfer normalerweise kein Anlaß, mit überraschenden Angriffen auf sein Leben oder seine körperliche Integrität zu rechnen. Die Opferschutz-These des BGH könnte man allerdings dann wohl noch aufrechterhalten, wenn man die Mitverantwortung des Opfers betont und dessen Schutzwürdigkeit etwa durch seine Beteiligung an der Auseinandersetzung für gemindert hält, im Ergebnis also das Merkmal der Arglosigkeit um eine Art Fahrlässigkeitskomponente erweitert, die zu der Annahme führt, in derartigen Fällen sei die Arglosigkeit des Opfers „unbegründet" und deshalb nicht schutzbedürftig[85]). Ein solchermaßen von der Frage, ob der Täter „begründete" Arglosigkeit ausgenutzt hat oder nicht, abhängiger Mordtatbestand ist aber abzulehnen, weil er weder das Wesentliche trifft noch verallgemeinert werden kann. Er verlagert die Abgrenzungsfrage zu sehr auf die Opferseite und vernachlässigt die Einstellung des Täters. Um das zu verdeutlichen, vergegenwärtige man sich die heute aktuelle Problematik von Attentaten auf die mehr denn je gefährdete politische Prominenz[86]), deren Arglosigkeit man bei heimlichen Angriffen nicht so ohne weiteres als „begründet" bezeichnen kann. Auch in dem Fall BGH bei *Holtz*, MDR 1979, 455 f. würde das Kriterium der „begründeten" Arglosigkeit nicht passen.

Der entscheidende Gesichtspunkt dafür, daß die Fälle offen feindseligen Verhaltens nicht dem Mordtatbestand zugeordnet werden dürfen, liegt auf der Täterseite. Kriminologisch geht dem Totschlag erfahrungsgemäß ein Streit voraus[87]). Der Täter ist erregt. Seine Erregung geht meist auf Demütigungen durch das Opfer zurück, die vielfach schon vor der Tat ein Anlaß für streitige Auseinandersetzungen gewesen sind und erst jetzt (oft als „letzter Tropfen") den Täter seine Beherrschung verlieren lassen. In diesem (vielfach an der Grenze zu § 213 liegenden) Gemisch von Provokation und irgendwie verständlicher Gemütserregung steigert sich der Täter in die Tötungshandlung hinein. Von einer „besonders verwerflichen" subjektiven Einstellung kann dann nicht die Rede sein. Der BGH spricht dies zwar nicht aus, doch ist er vermutlich über das alte und nie ganz in der Versenkung verschwundene Überlegungsmerkmal, das ihm als (subjektiv gefärbte) „Gegenprobe" gedient haben mag, zu demselben Ereignis gelangt[88]). Der BGH hat, wenn man seine Aussagen zu unseren bisherigen Ausführungen in Bezug setzt, die Heimtücke letztlich im Sinne einer im subjektiven Bereich wurzelnden „Gegenindikation" (oben IV. 1 a. E.) restriktiv interpretiert, dabei aber zugleich – um der

[79]) Lange (Fußn. 7), S. 233 mit Fußn. 50.
[80]) Hassemer, JuS 1971, 630.
[81]) BGHSt 9, 389; 11, 144 f.
[82]) Vgl. auch Geilen (Fußn. 9), S. 252.
[83]) BGHSt 27, 324 f.
[84]) Dazu Geilen (Fußn. 9), S. 246 f.
[85]) In diesem Sinne wohl Arzt, JR 1979, 12 mit Fußn. 34.
[86]) Dazu Geilen, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 613 ff.
[87]) Bei Siol (Fußn. 69) war das in 82 % aller Totschlagsdelikte der Fall (S. 115).
[88]) Vgl. dazu Geilen (Fußn. 9), S. 239 f., 246.

Rechtssicherheit willen – eine Typisierung bei offen feindseligen Konfrontationen gewagt mit dem Ergebnis, daß der subjektive Ansatz verdeckt wird.

Den auf der Hand liegenden Einwand gegen diesen Typisierungsversuch hat schon *Geilen* formuliert[89]): „Der Täter braucht lediglich . . . einen nur verbalen Streit vom Zaun zu brechen, um die Strafbarkeitsklippe der Heimtücke erfolgreich zu umgehen." Dieses Argument schlägt indes aus folgenden Gründen nicht durch:

(1) Jede Typisierung bringt einen Gewinn für die Rechtssicherheit, kann allerdings nur den „Regelfall" erfassen. Daß insoweit die sich aus einem offen feindseligen Streit eskalierende (überraschende) Tötungshandlung „in der Regel" Affektcharakter hat – und damit eben als Totschlag eingestuft werden sollte –, entspricht kriminologischer Erfahrung; die typische Ursache für solche Taten sind gestörte Zweierbeziehungen[90]).

(2) Die neue Auffassung des BGH mag in Fällen, in denen der Täter sozusagen „mit Überlegung" den (verbalen) Streit herbeiführt, unbefriedigend sein. Freilich liegt es in der Natur des Heimtückemerkmals, daß es der Täter, wenn er will, umgehen kann; denn ebenso würde etwa die „überlegte" Vorwarnung des Opfers durch einen Schwerbewaffneten die Heimtücke entfallen lassen. Im übrigen dürften solche Erwägungen an der Lebenswirklichkeit vorbeigehen. Welcher zum äußersten entschlossene Täter plant seine Tat schon gleichsam mit dem Strafgesetzbuch in der Hand? Sollte wirklich einmal ein derartiger Grenzfall auftauchen, so steht auch in § 212 ein ausreichender Strafrahmen zur Verfügung, sofern nicht ohnehin andere Mordmerkmale eingreifen. Äußerstenfalls sollte man jedenfalls lieber auf § 212 Abs. 2 ausweichen als der der Rechtssicherheit abträglichen Versuchung unterliegen, bei absichtlich herbeigeführtem Streit die Heimtücke ausnahmsweise doch wieder zu bejahen.

Alles in allem: Indem der BGH nun die Heimtücke bei Tötungen verneint, die sich unmittelbar an ein offen feindseliges, auch nur verbales Verhalten des Täters anschließen, hat er einen brauchbaren Weg gefunden, vom Unrechtsgehalt her typischerweise weniger schwerwiegende Tötungen dem Mordtatbestand zu entziehen.

(Wird forgesetzt.)

---

[89]) Geilen (Fußn. 9), S. 246.

[90]) Vgl. zum ganzen Siol (Fußn. 69), S. 107, 115. Vgl. ferner neben den beiden hier besprochenen BGH-Entscheidungen: BGHSt 20, 310; BGH, GA 1967, 244 f.; 1970, 214 f. In der in BGHSt 27, 324 zitierten unveröffentlichten Entscheidung vom 10. 1. 1977 – 3 StR 472/76 muß der BGH noch mit strengen Anforderungen an die innere Tatseite helfen (dazu unten IV. 4).