

Abhandlung

Prof. Dr. Carsten Momsen und Wiss. Ass. Mathis Schwarze, MSc (Oxford)*

Kein Heimtückemord bei teilverwirklichtem Rechtfertigungsgrund?

Zugleich Anmerkung zu BGH 5 StR 128/19, in diesem Heft S. 251.

<https://doi.org/10.1515/juru-2020-0026>

Die in diesem Heft abgedruckte Entscheidung des 5. Strafsenats betrifft das von der Rechtsprechung zur Einschränkung des Heimtückemordes entwickelte Merkmal des Handelns in »feindlicher Willensrichtung«. Sie ist erkennbar von dem Bemühen getragen, der einer »Flickschusterei«¹ gleichenden Heimtückekasuistik deutlichere Konturen zu verleihen. In der Entscheidung kann, wie zu erörtern sein

wird, tatsächlich ein Schritt weg von der »punktuellen«² Bearbeitung atypischer Einzelfälle hin zu einer »Reduktion auf das Grundsätzliche«³ gesehen werden. In der nachfolgenden Analyse wird zugleich ein Vorschlag unterbreitet, wohin der Weg zur Vereinfachung und Systematisierung der Grenzfälle des Mordes führen könnte. Im Ergebnis unterstreicht die Entscheidung einmal mehr die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte.

Der Entscheidung lag im Kern folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte tötete seine Ehefrau, während diese schlief, mit einer Reihe wuchtiger Hammerhiebe. Nach den Feststellungen des Schwurgerichts war das einzige Tatmotiv des Angeklagten, seiner Ehefrau durch die Tötung ein Leben im finanziellen Ruin zu ersparen. Obwohl die Lebensumstände sich tatsächlich deutlich zu ver-

1 Kargl, StraFo 2001, 365 (370).

***Kontaktpersonen:** Carsten Momsen, Inhaber des Lehrstuhls für Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin.

Mathis Schwarze, wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

2 BGH, Beschluss vom 19. Mai 1981 – GSSt 1/81 –, BGHSt 30, 105, Rn. 31.

3 Noll, ZStW 77 (1965), 1 (1).

schlechtern drohten, gab es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ehefrau aus dem Leben scheiden wollte.

1. Entwicklung und Bedeutung des Merkmals

Das Erfordernis des Handelns in »feindlicher Willensrichtung«⁴ wurde erstmals 1956 in einer Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen⁵ entwickelt und dient der restriktiven Auslegung des Mordtatbestands in Grenzfällen der Heimtücke, für die trotz objektiv heimtückischen Tathergangs unter Berücksichtigung der Beweggründe des Täters die Verhängung einer absolut lebenslangen Strafe nicht angemessen erscheint.⁶ Auch in Folge des 1981 ergangenen Beschlusses des Großen Senats zur sogenannten »Rechtsfolgenlösung«⁷, demzufolge die zunächst auf Tatbestandsseite vorgenommene Restriktion auf Rechtsfolgenseite fortgeführt werden sollte, wurde in »Ausnahmefällen« weiterhin ein schon tatbestandlicher Ausschluss bejaht. Das BVerfG hat die »feindliche Willensrichtung« als »einschneidende Einschränkung« des Heimtückemerkmals bezeichnet, die dessen verfassungsmäßig gebotener restriktiver Auslegung entgegen komme.⁸ Mittels des Einschränkungskriteriums soll dem Richter die Möglichkeit flexibler Reaktion auf verschiedene Grade der Schwere des Unrechts und des Verschuldens verschafft werden – dies gebieten Verhältnismäßigkeits- und Schuldprinzip (im angloamerikanischen Rechtsraum: das Prinzip der Proportionalität zwischen Tat und Strafe⁹). Im Grundsatz ist die »feindliche Willensrichtung« als ein den Heimtückemord um die Beweggründe des Täters ergänzendes, flexibilisierendes Kriterium begrüßenswert. Die mit ihm mögliche »Einzelfallkorrektur« lässt aber einerseits andere privilegiierungsbedürftige Fallgruppen unberücksichtigt, ohne dass ein sachlicher Grund für die Andersbehandlung er-

sichtlich ist,¹⁰ und steht andererseits nach wie vor nicht auf soliden dogmatischen Füßen.

2. »Feindliche Willensrichtung« des Täters und (mutmaßliche) Einwilligung des Opfers

Der Sache nach bringt die vorliegende Entscheidung die »feindliche Willensrichtung« nahe an die Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung. Sie stellt klar, dass bei einem zur autonomen Willensbildung fähigen Opfer nur ein tatsächlich geäußelter Sterbewunsch die »feindliche Willensrichtung« des Täters auszuschließen vermag. Der BGH war namentlich in den Fällen des »Mitnahmesuizids« schon bisher von der Feindseligkeit des Täters ausgegangen, wenn das Opfer explizit den Willen geäußert hatte, nicht sterben zu wollen.¹¹ Dies gilt nunmehr – analog zum Ausschluss einer mutmaßlichen Einwilligung¹² – auch, wenn der Täter davon absieht, das Opfer zu fragen, ob es in die Tötung einwilligt. Bei nicht zur autonomen Willensbildung fähigen Opfern, z. B. Kindern oder (bewusstlosen) Todkranken, soll die »feindliche Willensrichtung« fehlen, wenn die Tötung – »aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung« – mit deren mutmaßlichem Willen geschieht. Die Klarstellung des BGH, dass die »normativen Gesichtspunkte«, die er seit BGHSt 37, 376 zusätzlich zur subjektiven Mitleidsmotivation des Täters bei Krankenhaustötungen Schwerstkranker berücksichtigt sehen möchte, auch »bei der Tötung eigener Kinder [...] durch einen zu deren Schutz berufenen Garanten« gelten,¹³ ist zu begrüßen. Denn es wäre nicht zu rechtfertigen, bei der Tötung Schwerstkranker eine objektiv nachvollziehbare Wertung zu fordern, »die der Vermeidung schwersten Leidens den Vorrang gibt«,¹⁴ und bei der Tötung eigener Kinder die (subjektive) Motivation, diesen eine unsichere Zukunft ersparen zu wollen,¹⁵ ausreichen zu lassen. Damit ist die Tötung eigener – nicht schwerstkranker – Kinder zurecht praktisch aus dem Anwendungsbereich der tatbestandlichen Einschränkung ausgeschlossen.

⁴ Zu den bisher unter dem Kriterium behandelten Fallgruppen siehe SSW-StGB/Momsen, 4. Aufl. 2019, § 211 Rn. 50.

⁵ BGH, Beschl. v. 22. 9. 1956 – GSSt 1/56 –, BGHSt 9, 385.

⁶ Morris, Die normative Restriktion des Heimtückebegriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen, 2010, S. 142 ff.: »Externe Leitbildabweichung«.

⁷ BGHSt 30, 105.

⁸ BVerfG, Urteil vom 21. Juni 1977 – 1 BvL 14/76 –, BVerfGE 45, 187.

⁹ Vgl. von Hirsch/Ashworth, Proportionate Sentencing, 2005; Frase/Momsen/O'Malley/Washington, Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany, in: Ambos/Duff/Roberts/Weigend (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2020, S. 213 ff.

¹⁰ Morris, (o. Fn. 6), S. 143.

¹¹ BGH, Beschluss vom 7. Dezember 1999 – 1 StR 574/99 –, NSTZ-RR 2000, 327.

¹² Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 10 ff.; MüKo/Erb, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 37.

¹³ BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19 –, Rn. 27 (unten S. 254).

¹⁴ BGH, Urteil vom 8. Mai 1991 – 3 StR 467/90 –, BGHSt 37, 376; Urteil vom 31. Juli 1996 – 1 StR 247/96 –, NSTZ-RR 1997, 42.

¹⁵ BGH, Urteil vom 7. Juni 1989 – 2 StR 217/89 –, StV 1989, 390, Rn. 5; Urteil vom 10. 3. 2006 – 2 StR 561/05 –, NSTZ 2006, 338, Rn. 14.

Der Gleichklang mit der rechtfertigenden Einwilligung ist indes nicht konsequent hergestellt worden. Während bei der mutmaßlichen Einwilligung die »subjektive Entscheidung des Betroffenen« maßgebliches Leitkriterium und das »objektive« Interessenübergewicht lediglich ein widerlegliches Indiz ist,¹⁶ stellt der BGH bei der »feindlichen Willensrichtung«, wie gezeigt, auf eine »objektiv nachzuvollziehende und anzuerkennende Wertung« ab. Es ist daher denkbar, dass das Fehlen der »feindlichen Willensrichtung« und die (unbeachtliche) mutmaßliche Einwilligung des Opfers in seine Tötung auseinanderfallen: Zum Einen wenn es der hypothetische Wille des Opfers ist, sterben zu wollen, obwohl der Täter durch die Tötung objektiv nicht schwerstes Leiden vermeidet – zum Anderen wenn umgekehrt die Wertung des Täters objektiv nachvollziehbar ist, die Erforschung des Opferwillens aber ergibt, dass dieses unter allen Umständen am Leben bleiben will. Die Linie des BGH würde im Extremfall bedeuten, dass der den hypothetischen Willen des Betroffenen berücksichtigende Täter im ersten Fall wegen Mordes, der den hypothetischen Willen des Opfers nicht erforschende oder sich über ihn hinwegsetzende Täter im zweiten Fall nur wegen Totschlags bestraft wird. Dieser Wertungswiderspruch könnte vermieden werden, indem man fordert, dass sich der Sterbewunsch des Opfers erkennbar nach außen manifestiert, und damit ausschließt, »dass der Täter nach seinen eigenen Wertmaßstäben ›selektiert‹«. ¹⁷

3. Lösung nach der »Lehre von der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen«

Ein konsequenter Gleichlauf der »feindseligen Willensrichtung« mit den Grundsätzen der (mutmaßlichen) Einwilligung vermied nicht nur die genannten Wertungswidersprüche, er ließe sich auch dogmatisch stimmig herleiten, nämlich auf der Grundlage der »Lehre von der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen«¹⁸. Diese beruht auf der Annahme, dass die wesentliche, aber nicht ganz vollständige Verwirklichung von Rechtfertigungsgründen zu einer Unrechtsminderung führt, die eine Verurteilung nach § 211 StGB, welche ein Höchstmaß an ver-

wirklichem Unrecht erfordert, ausschließt.¹⁹ Der hierfür ganz zentrale Gedanke, dass das Unrecht nicht »entweder gegeben oder nicht gegeben«, sondern graduell abstufbar ist, geht auf *Kern* zurück²⁰ und ist heute allgemein anerkannt²¹. Die (mutmaßliche) Einwilligung scheidet in den Fällen, die unter der fehlenden »feindlichen Willensrichtung« diskutiert werden, »lediglich« an der Indisponibilität des Rechtsguts. Die fehlende »feindliche Willensrichtung« ist nach diesem Verständnis ein typischer Fall des teilverwirklichten Rechtfertigungsgrunds, der eine Unrechtsminderung nach sich zieht.

Doch wo kann die Unrechtsminderung dogmatisch Berücksichtigung finden? Offensichtlich ist zunächst, dass eine Minderung des Unrechts sich als Minderung der Strafzumessungsschuld auswirkt.²² Dieses Prinzip liegt auch der »Rechtsfolgenlösung« des BGH zugrunde, welche sich mit der »notstandsnahen, ausweglos erscheinenden Situation« ja auch auf einen verminderten Unrechtsgehalt stützt.²³ Unrechtsmindernde Umstände kommen aber darüber hinaus – im Unterschied zu lediglich tatschuldmindernden – auch für eine Einschränkung der *strafbarkeitsbegründenden* Voraussetzungen (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) in Betracht.²⁴

Im gesetzlichen *Tatbestand* ist eine Unrechtsminderung als Wertungskriterium bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen.²⁵ Die Auslegung der den Unwert der vorsätzlichen Vernichtung des Lebens qualifizierenden Mordmerkmale hat dabei auf der Grundlage der Leitprinzipien des Mordtatbestands zu erfolgen. Es ist insbesondere zu fragen, ob die Teilverwirklichung eines Rechtfertigungsgrunds die Tötung – deren Motive, Zwecke oder Begehungsweise – noch als besonders verwerflich oder besonders gefährlich erscheinen lässt.²⁶ Bei der weit-

¹⁶ NK/Paeffgen/Zabel, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu §§ 32ff, Rn. 159; Wachter, NSTZ 2019, 722 (Anm. zu BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19 –).

¹⁷ SK/Sinn, 9. Aufl. 2017, § 211, Rn. 42.

¹⁸ Günther, JR 1985, 268; Noll, ZStW 77 (1965), 1 (14); Morris, (o. Fn. 6).

¹⁹ Morris, (o. Fn. 6), S. 156 f.

²⁰ Kern, ZStW 64 (1952), 255. Er sprach freilich noch von den »Graden der Rechtswidrigkeit«, womit er aber das Unrecht »und nicht das die Eigenschaft der Verhaltensweisen kennzeichnende Prädikat« meinte, siehe Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 237; Röttger (Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1993, S. 25) spricht insofern von einer »wertbezogenen Sicht des Unrechts«.

²¹ Hillenkamp, (o. Fn. 20), S. 238; siehe z. B. Noll, ZStW 77 (1965), 1 (13).

²² Grundlegend: Nowakowski, SchwZStr 65 (1950), 301 (304), der ausführt, die Schuld wiege umso schwerer, je größer der Unwert des Unrechts sei; Günther, NJW 1982, 353 (358); Hillenkamp, (o. Fn. 20), S. 238, der etwa den einwilligungsnahen Fall als »realen Strafzumessungsgrund« einstuft (S. 240 ff.).

²³ Günther, NJW 1982, 353 (358).

²⁴ Günther, JR 1985, 268 (268).

²⁵ Kern, ZStW 64 (1952), 255 (290); Günther, JR 1985, 268 (274).

²⁶ Zu den Leitprinzipien des Mordes und deren Unzulänglichkeit: Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 39 ff.

gehenden Verwirklichung eines Rechtfertigungsgrunds liegt, zumindest bei objektiv heimtückischen Handelns, eine gegenteilige Einschätzung regelmäßig nahe. Für den sich in einer defensiven Notlage befindlichen Täter formuliert etwa *Günther*, der Täter »handele nicht tückisch, hinterhältig, arglistig; die qualifizierte Defensivnotlage schließe einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch aus. Auch die Lehre von der negativen Typenkorrektur kann mittels der Notwehr- oder Notstandsnahe der Tötung deren gesteigerte Verwerflichkeit widerlegen.«²⁷ Eine ähnliche Einschätzung liegt bei der im Merkmal der fehlenden »feindlichen Willensrichtung« aufgehenden teilverwirklichten Einwilligung nahe. Die Konsequenzen fehlender Feindseligkeit des Täters für das Durchgreifen der Leitprinzipien des Mordtatbestands werden im Einzelnen unten unter 4. erörtert.

Auf Ebene der *Rechtswidrigkeit* kann das »Prinzip der Wertabwägung«²⁸ bzw. der »elementweisen Unrechtskompensation«²⁹ für eine Berücksichtigung der Unrechtsminderung fruchtbar gemacht werden. Danach ist »die Summe sämtlicher Unrechtselemente [gegen] die Summe sämtlicher Rechtfertigungselemente abzuwägen.«³⁰ Der Wertabwägung liegt der Gedanke zugrunde, dass Tatbestand und Rechtswidrigkeit in Symmetrie zueinander stehen³¹ und die Kollision konkurrierender Verbots- und Erlaubnissätze normativ aufzulösen ist.³² Es ist gleichsam eine »Wertbilanz«³³ aufzustellen; Unrechtselemente können dabei durch mindestens gleichgewichtige Rechtfertigungselemente kompensiert werden.³⁴ Für das abschließende Unrechtsurteil ist der Saldo bzw. die Differenz dieser Wertbilanz ausschlaggebend.³⁵ Im Falle der »feindlichen Willensrichtung« sind die Unrechtselemente der heimtückischen Tötung gegen die Rechtfertigungselemente der teilverwirklichten (mutmaßlichen) Einwilligung zu saldieren. Aufgrund der fast vollständigen Verwirklichung des Rechtfertigungsgrunds ergibt diese Wertbilanz eine Unterschreitung des tatbestandlich indizierten, höchststrafwürdigen Mordunrechts. Zwar überwiegt die Unrechtsreduzierung nicht so weit, dass die Tötung als erlaubt anzusehen wäre, aber »der Steigerungsgrad ihres

Unrechtsgehaltes entfällt« – zurück bleibt »normales« Tötungsunrecht i. S. des § 212 Abs. 1 StGB.³⁶

In der *Schuld* kann die Teilverwirklichung eines Rechtfertigungsgrunds auf Grundlage der »Lehre von der Unrechtsminderung«³⁷ Berücksichtigung finden.³⁸ Danach beruhen die Entschuldigungsgründe neben einer ersten, in der jeweiligen psychologischen Ausnahmesituation begründeten Schuldinderung, auf einer zweiten, auf die Unrechtsminderung zurückgehenden Schuldreduzierung. Im Lehrbuchbeispiel des entschuldigenden Notstands, dem »Brett des Karneades«, wird zwar »bei der Rettung des eigenen auf Kosten fremden Lebens nicht ein überwiegendes Interesse gewahrt«, die Tötung des anderen Schiffbrüchigen ist rechtswidrig.³⁹ Weil die Wertdifferenz aber – etwa im Vergleich zu einem Habgiermord – gering ist, lässt sich bereits das Unrecht als vermindert ansehen. Diese Unrechtsminderung begründet gleichermaßen die in den Entschuldigungsgründen zum Ausdruck kommende Minderung der Schuld, die »in der Regel [...] unterhalb der Schwelle des strafrechtlich Erheblichen« liegt.⁴⁰ Die Unrechtsminderung kann sich also im Durchgreifen der §§ 33, 35 Abs. 1 S. 1 StGB niederschlagen oder jedenfalls nach §§ 35 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 StGB eine gesetzliche Strafmilderung ermöglichen.⁴¹ Im Hinblick auf die rechtfertigende Einwilligung ist allerdings problematisch, dass diese nach der von *Mezger* geprägten Differenzierung dem »Prinzip des mangelnden Interesses« zuzuordnen ist,⁴² also gar kein Raum für eine auf Schuldebene zu berücksichtigende Wertabwägung ist. Zwar lässt sich die Einwilligung auch in überzeugender Weise mit dem »Prinzip des überwiegenden Interesses«⁴³ in Einklang bringen, wenn man in ihr wie *Noll* die Abwägung des tatbestandlichen Unwerts gegen den »Wert der Freiheit der Willensbetätigung« sieht.⁴⁴ Allerdings fehlt insoweit ein strukturell ähnlicher Entschuldigungsgrund, in dem diese Wertkollision aufgehen könnte.⁴⁵ Für die Berücksichtigung der teilverwirklichten

²⁷ *Günther*, JR 1985, 268 (274).

²⁸ *Noll*, ZStW 77 (1965), 1.

²⁹ *Röttger*, (o. Fn. 20), S. 15; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 222f.

³⁰ *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (14).

³¹ Ausf. *Momsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2005, S. 505 ff.

³² *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (9).

³³ *Zielinski*, (o. Fn. 29), S. 233.

³⁴ *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (9); *Röttger*, (o. Fn. 20), S. 17.

³⁵ *Röttger*, (o. Fn. 20), S. 17.

³⁶ *Günther*, JR 1985, 268 (275).

³⁷ *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1971, S. 174.

³⁸ *Röttger*, (o. Fn. 20), S. 20.

³⁹ *Momsen*, (o. Fn. 31), S. 31 ff., 187 ff., 539 ff. *Stratenwerth*, (o. Fn. 37), S. 174.

⁴⁰ *Stratenwerth*, (o. Fn. 37), S. 174.

⁴¹ *Günther*, JR 1985, 268 (175); ausf. dazu *Momsen* (o. Fn. 31), S. 313 ff., 334 ff.

⁴² *Mezger*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1931, S. 207.

⁴³ *Mezger* (o. Fn. 42), S. 225.

⁴⁴ *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (15); siehe auch *Röttger*, (o. Fn. 20), S. 18.

⁴⁵ Am ehesten wäre noch an eine Berücksichtigung i. R. d. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB zu denken, wenn man in den Fällen (mutmaßlicher) Einwilligung in eine Tötung eine gegenwärtige Gefahr für die (Willensbetätigungs-)Freiheit des Opfers sieht. Dies widerspricht aber der gän-

Einwilligung bereits im Unrechtsbereich spricht ohnehin, dass eine Schuldinderung oder ein Schuldausschluss doch das objektive Unrechtsurteil des Mordes und die damit einhergehende Stigmatisierung des Täters nicht aus der Welt räumen kann.⁴⁶

Es hat sich gezeigt, dass die Teilverwirklichungslehre als überzeugende dogmatische Grundlage für die Begründung der Tatbestandseinschränkung in den Fällen fehlender »feindlicher Willensrichtung« des Täters dienen kann. Ihre konsequente Anwendung hätte insbesondere zum Vorzug, dass auch andere, ebenso privilegierungswürdige Fallgruppen für eine bereits tatbestandliche Einschränkung des Mordes in Frage kommen, etwa die »Haustyrantentötung« wegen des Vorliegens einer notwehrnahen Lage.

4. Minimaler Anwendungsbereich bei ausdrücklicher Einwilligung des Opfers

Freilich sind die Fälle, in denen die »feindliche Willensrichtung« aufgrund des *ausdrücklichen* Sterbewunschs des Getöteten fehlt, von vornherein begrenzt. Zunächst wird das Opfer, das damit rechnet, seinem Wunsch getötet zu werden, werde alsbald entsprochen werden, bereits in den seltensten Fällen arglos sein.⁴⁷ Wird der Sterbewunsch mit der für ein Tötungsverlangen i. S. d. § 216 StGB erforderlichen Intensität geäußert, wie es in der Mehrzahl der Fälle liegen dürfte, greift zugunsten des Täters außerdem ggf. die Privilegierung des § 216 StGB, welche Sperrwirkung gegenüber dem Mordtatbestand entfaltet. Für den Anwendungsbereich der fehlenden »feindlichen Willensrichtung« bleiben also lediglich Fälle übrig, in denen das Opfer trotz Äußerung des Sterbewunschs nicht mit einer Tötung rechnet, und in denen der Sterbewunsch entweder nicht die Intensität des Tötungsverlangens erreicht oder das wirksame Tötungsverlangen nicht handlungsleitendes Motiv des Täters ist bzw. dieser bereits fest zur Tötung entschlossen war. In der Praxis wird der Fallgruppe kaum ein Anwendungsbereich verbleiben (eventuell: der einen

in der Intensität nicht an das Tötungsverlangen heranreichenden Sterbewunsch äußernde Ehemann rechnet nicht damit, dass die ihn liebende Ehefrau ihm wirklich etwas antun würde). Es erscheint auf der Grundlage der oben angebotenen Lösung dennoch dogmatisch konsequent, andere Sachverhaltskonstellationen, in denen wie im vorliegenden Fall eine teilverwirklichte (mutmaßliche) Einwilligung nicht in Betracht kommt, aus dem Anwendungsbereich der tatbestandlichen Einschränkung auszunehmen. Denn in diesen Fällen ist mangels teilverwirklichten Rechtfertigungsgrunds keine Unrechtsminderung, sondern bloß mehr eine Minderung der Strafzumessungsschuld anzunehmen.

5. Vereinbarkeit des Kriteriums mit den Leitprinzipien des Mordtatbestands

Soll die teilverwirklichte Einwilligung des Opfers bereits als Wertungskriterium bei der Auslegung des Mordtatbestands herangezogen werden, ist insbesondere ihre Bedeutung für den Strafgrund des Mordes zu prüfen. Diesen sieht der BGH in seiner neueren Rspr. in der besonderen *Gefährlichkeit* heimtückischen Handelns: Der Täter »überrascht das Opfer in einer hilflosen Lage und hindert es dadurch, sich zu verteidigen...«⁴⁸ Dem widersprach das Einschränkungskriterium der »feindlichen Willensrichtung« in seiner ursprünglichen, allein auf die Tätermotivation abstellenden Form gänzlich: An der so verstandenen objektiven Gefährlichkeit heimtückischen Handelns vermag eine noch so achtenswerte Gesinnung des Täters nichts zu verändern. Entsprechend wird das Kriterium der »feindlichen Willensrichtung« in der Literatur auch als »letztlich nichts anderes als eine gesinnungsethisch überformte negative Typenkorrektur«⁴⁹ bzw. als »verdeckte Verwerflichkeitsprüfung [...], die der BGH von seinem Standpunkt aus gerade ablehnen müsste«⁵⁰, eingeordnet. Dem könnte zunächst entgegnet werden, dass gerade auch in der »Instrumentalisierung des Lebens« zur Erreichung verwerflicher Ziele die besondere Gefährlichkeit solchen Handelns erblickt werden kann,⁵¹ es sich insoweit also bei

gigen restriktiven Auslegung der i. R. d. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB notstandsfähigen Rechtsgüter. Außerdem liegt nicht in allen Fällen (mutmaßlicher) Einwilligung in die Tötung eine *Gefahr* für die Willensbetätigungsfreiheit vor, insbesondere dann nicht, wenn das Opfer auch selbst in der Lage ist, sich zu töten.

⁴⁶ Günther, JR 1985, 268 (275); Morris, (o. Fn. 6), S. 29 ff.

⁴⁷ Mitsch, NJW 2019, 2416 (Anm. zu BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19 –).

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 2. Dezember 1957 – GSSt 3/57 –, BGHSt 11, 139; SK/Sinn, § 211, Rn. 40.

⁴⁹ MüKo/Schneider, § 211 Rn. 202; SSW-StGB/Momsen § 211 Rn. 49; auch so: Roxin, NSTZ 1992, 35 (Anm. zu BGH, Urteil vom 8. 5. 1991 – 3 StR 467/90 –).

⁵⁰ Morris, (o. Fn. 6), S. 143.

⁵¹ NK/Neumann, Vorbem. zu § 211, Rn. 152.

der Dichotomie Verwerflichkeit-Gefährlichkeit um eine falsche handelt. Bei der nicht feindseligen Tötung fehlt gerade das verachtenswerte Ziel, zur Erreichung dessen die Tötung instrumentalisiert wird, sie ist deshalb auch nicht gesteigert gefährlich. Aber auch soweit man dem Gefährlichkeitsaspekt wie der BGH eine *eigenständige*, viktimodogmatische Bedeutung zumisst,⁵² vermag die vorliegende Entscheidung den beschriebenen Widerspruch teilweise zu entkräften: Wo die Tötung dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Opfers entspricht und es sich aufgrund dieses Willens auch in nicht arg- und wehrloser Tatsituation nicht gegen die Tötung verteidigt hätte, fehlt der heimtückischen Tötung im Vergleich zum »Normalfall« der Tötung in offener Auseinandersetzung gerade die gesteigerte Gefährlichkeit. Freilich gilt dies jedoch nicht in den oben beschriebenen Fällen, in denen die vom BGH verlangte »objektiv nachzuvollziehende und anzuerkennende Wertung« mit dem Opferwillen auseinanderfällt. Hier begründet gerade die Tatsache, dass nicht aufgrund äußerer Umstände auf den Opferwillen geschlossen werden kann, die Gefahr, dass sich das Opfer im hypothetischen Normalfall der Tötung mangels subjektiven Sterbewillens eben doch verteidigt hätte. Eine gänzliche Übereinstimmung mit dem Gefährlichkeitskonzept ließe sich hier mit der Teilverwirklichungslehre erzielen.

Bereits auf den ersten Blick reibungsloser fügt sich das Einschränkungskriterium der feindlichen Willensrichtung in ein *Verwerflichkeitskonzept* ein, das der BGH der Auslegung des Mordtatbestandes ja zunächst auch noch zugrunde legte.⁵³ In der Zeit der nationalsozialistischen Diktatur noch auf die »Gesamtpersönlichkeit des Täters« im Sinne der »Tätertypenlehre« bezogen, verschob sich die Verwerflichkeitsprüfung in der Nachkriegszeit zu einer Würdigung der Tat bzw. Begehungsweise⁵⁴ und wurde bei der Heimtücke alsbald zugunsten der Gefährlichkeitskonzeption aufgegeben⁵⁵. Eine Berücksichtigung des Verwerflichkeitsaspekts bei der Auslegung des Heimtückemerkmals wird aber nach wie vor von vielen Stimmen in der Literatur befürwortet.⁵⁶

Hier ist zunächst die von der Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnte⁵⁷ »Lehre von der negativen Typenkorrektur« zu nennen. Sie misst den Mordmerkmalen – gesetzeshistorisch zutreffend⁵⁸ – nur symptomatisch-indizielle Bedeutung bei und will aufgrund einer »Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters und aller Tatumstände« beurteilen, ob die Tötung besonders verwerflich erscheint.⁵⁹ Maßgebliches Indiz für die besondere Verwerflichkeit soll die Zweck-Mittel-Relation sein.⁶⁰ Ein krasses Missverhältnis zwischen Tat und Motivation liegt in den Fällen fehlender »feindlicher Willensrichtung« aber gerade fern. Dies gilt erst recht, wenn mit der Tat dem (mutmaßlichen) Willen der getöteten Person entsprochen wird.

In der Literatur schlägt der Verwerflichkeitsaspekt auch in der verbreiteten Konzeption der Heimtücke als »besonders verwerflicher Vertrauensbruch« durch.⁶¹ Nach dem Ansatz von *M.-K. Meyer* handelt heimtückisch, wer »sozialethische positive Verhaltensmuster zwischen sich und dem Opfer ausnutzt.«⁶² Zu diesem Ansatz steht jedenfalls die frühere Rechtsprechung zur »feindlichen Willensrichtung« im Widerspruch: Die Fallgruppe des »Mitnahmesuizids« betrifft in der Regel innerfamiliäre Tragödien, bei denen ein Kind oder Ehegatte getötet wird, während die »Krankenhaustötungen« oft von Ärzten oder Pflegepersonal vollzogen werden. In beiden Fallgruppen sind also die Täter typischerweise Beschützergaranten des Opfers, gegen die »eine hervorgehobene Legalitätserwartung formuliert [wird], die sie im Falle einer Tötung enttäuschen.«⁶³ Soweit der BGH früher nur auf eine subjektive Mitleidsmotivation des Täters abgestellt und von diesem auch nicht verlangt hat, das Opfer zum Vorliegen eines Sterbewunschs zu befragen, waren durchaus Fälle von der tatbestandlichen Einschränkung erfasst, in denen der Täter sozialethische positive Verhaltensmuster zwischen sich und dem Opfer ausnutzte, weil er bspw. seine nicht sterbewillige Ehefrau vermeintlich zu ihrem Besten im Schlaf tötete. Wenn es aber – auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung – der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Opfers war, getötet zu werden, kann in der Entspre-

⁵² Wachter, NSTz 2019, 722 (723) (Anm. zu BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19 –).

⁵³ So heißt es in BGH, Beschluss vom 22. September 1956 – GSSt 1/56 –, BGHSt 9, 385, Rn. 20: »Das Gesetz umschreibt abschließend die Fälle, die es als besonders verwerflich und deshalb als Mord beurteilt.«

⁵⁴ Grünwald, (o. Fn. 26), S. 46; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 90 ff.

⁵⁵ BGHSt 11, 139; Müssig, (o. Fn. 54), S. 93.

⁵⁶ Vgl. SSW-StGB/Momsen, § 211, Rn. 47.

⁵⁷ BGH, Beschluss vom 22. September 1956 – GSSt 1/56 –, BGHSt 9, 385 (388 f.).

⁵⁸ Vgl. Grünwald, (o. Fn. 26), Fn. 31; Müssig, (o. Fn. 54), S. 80 ff.

⁵⁹ SchSch/Eser/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. 2019, § 211, Rn. 10 m. w. N.

⁶⁰ Vgl. SK/Sinn, § 211, Rn. 8; Grünwald, (o. Fn. 26), S. 47 m. w. N.

⁶¹ Nachweise zur Vertrauensbruchkonzeption bei SSW-StGB/Momsen, § 211, Rn. 56.

⁶² *M.-K. Meyer*, JR 1979, 485; 1986, 135; vgl. auch: SchSch/Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 26 a; SK/Sinn, § 211, Rn. 44.

⁶³ Wachter, NSTz 2019, 722 (723) (Anm. zu BGH, Urteil vom 19. Juni 2019 – 5 StR 128/19 –).

chung dieses Willens in der Regel nicht der besonders verwerfliche Bruch entgegengebrachten Vertrauens gesehen werden (dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgrundsatz »volenti non fit iniuria«). Jedenfalls soweit dem subjektiven Willen des Betroffenen immer Vorrang gewährt wird, lässt sich das Merkmal der »feindlichen Willensrichtung« also auch in Einklang mit der Vertrauensbruchkonzeption des Schrifttums bringen.

Dem Verwerflichkeitsprinzip – den Lehren von der Typenkorrektur genauso wie dem verwerflichen Vertrauensbruch – wird begriffliche Unschärfe und Unbestimmtheit vorgeworfen.⁶⁴ Dieser Vorwurf ließe sich aber durch eine Kombination mit der Teilverwirklichungslehre entkräften: Sie hat den Vorzug, dass Rechtfertigungsgründe immer an objektive Umstände, insbesondere eine Rechtfertigungslage, anknüpfen und die zugrunde gelegten Wertungskriterien transparent – nämlich in geltenden Rechtsnormen – angelegt sind.⁶⁵ Insbesondere ist der Gefährlichkeitsaspekt nicht unbedingt schärfer umrissen und geeigneter, Grenzfälle des Mordes herauszufiltern – er versagt dort, wo es auch spezial- und generalpräventive Ansätze tun.⁶⁶ Dies gilt vor dem Hintergrund der herabgesetzten Darstellungsanforderungen (§ 267 Abs. 3 S. 1 StPO) umso mehr, soweit man eine Berücksichtigung von Verwerflichkeitsaspekten nur auf Rechtsfolgenseite zulässt.⁶⁷ Eine Kombination von Teilverwirklichungslehre und Verwerflichkeitskonzeption ermöglichte demgegenüber eine engere Revisibilität der bereits im Unrechtsbereich anzustellenden einzelfallspezifischen Erwägungen.

Insgesamt zeigt sich, dass die Entscheidung der Vereinbarkeit der »feindlichen Willensrichtung« sowohl mit der Gefährlichkeits- als auch mit der Verwerflichkeitskonzeption entgegenkommt und die zuvor bestehenden Widersprüche teilweise aufgelöst werden konnten. Die autonome Entscheidung des Opfers, sterben zu wollen, schließt nämlich gleichermaßen die besondere Gefährlichkeit heimtückischen Handelns wie auch die besondere Verwerflichkeit der Tat bzw. den verwerflichen Vertrauensbruch aus. Zieht man die teilverwirklichte Einwilligung als Wertungskriterium bei der Auslegung des Mordtatbestands heran, ergibt sich demnach eine Übereinstimmung mit den auch auf der Grundlage der Leitprinzipien des Mordes vorzunehmenden Einschränkungen. Insoweit

fördert der vorgeschlagene Ansatz ein »dogmatisch widerspruchsfreies System«.⁶⁸

6. Reformgedanken

An anderer Stelle wurde bereits festgestellt, dass das Kriterium des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs in vielen Fällen nicht viel mehr als die Kehrseite der »feindlichen Willensrichtung« beschreibe. Es werde eine »gewisse Akzentverschiebung« erreicht, wesentliche Probleme bleiben jedoch ungelöst.⁶⁹ Die hier vorgeschlagene Kombination der Teilverwirklichungslehre mit einer nach Unrecht und (Strafzumessungs-)Schuld differenzierenden Berücksichtigung besonderer Ausnahmesituationen kann wie gezeigt einige Probleme lösen bzw. entkräften. Es verbleibt jedoch letztlich das Bedürfnis nach einer beschränkten Reform des § 211 StGB. Diese ist nur teilweise durch die von uns dargelegte Auslegung zu ersetzen. Grundsätzlich kann der Mordtatbestand uneingeschränkt dann anwendbar sein, wenn die Mordmerkmale in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt voll erfüllt sind. Ist ein Mordmerkmal in seinem Unrechtsgehalt nicht voll erfüllt, weil ein Rechtfertigungstatbestand teilweise eingreift, so ist die lebenslange Freiheitsstrafe strukturell unangemessen. Hier ist nur eine gesetzlich in § 211 StGB zu normierende Tatbestandsverschiebung hin zu § 212 StGB geeignet, dem geminderten Unrechtsgehalt gerecht zu werden. Der Tatbestand des Totschlags ist dann gegenüber dem Mord als »Substraktion« zu verstehen; seine Strafdrohung »entspricht der übrigbleibenden Unrechts- und Schuldifferenz«.⁷⁰ Stellen sich besondere Beweggründe des Täters hingegen als lediglich schuld mindernd dar, weil – wie im vorliegenden Fall – die Teilverwirklichung eines Rechtfertigungsgrundes nicht in Betracht kommt, muss dies in der Strafzumessung berücksichtigt werden. Im Hinblick auf solche schuldgeminderten Fälle ist § 211 StGB um einen Strafraum bzw. einen minder schweren Fall zu ergänzen.⁷¹ Vor dem Hintergrund, dass die damit verbundene Aufgabe der absoluten Strafdrohung des Mordes aktuell politisch nicht durchsetzbar zu sein scheint,⁷² wäre eine denkbare Alternative, wie im englischen Recht zu verfahren und im Urteil eine individuelle Mindestverbüßungs-

⁶⁴ MüKo/Schneider, § 211, Rn. 38.

⁶⁵ Morris, (o. Fn. 6), S. 159 f.; Günther, JR 1985, 268 (274).

⁶⁶ Grünewald, (o. Fn. 26), S. 48.

⁶⁷ Vgl. MüKo/Schneider, § 211, Rn. 44, der die Rechtsfolgenseite als richtigen Ort für die Anbringung einzelfallspezifischer Erwägungen zum Ausmaß des konkreten Strafbedürfnisses erachtet.

⁶⁸ Noll, ZStW 77 (1965), 1 (1).

⁶⁹ SSW-StGB/Momsen, § 211, Rn. 56.

⁷⁰ Noll, ZStW 77 (1965), 1 (11).

⁷¹ Vgl. zu den dahingehenden Reformbemühungen: SSW-StGB/Momsen, Vor §§ 211 ff., Rn. 5 ff.

⁷² Momsen, StV 12/2015 – Editorial; SSW-StGB/Momsen, Vor §§ 211 ff., Rn. 6 f.

dauer festzulegen. Hierfür wären entsprechend Schedule 21 des Criminal Justice Act 2003 strafzumessungsrelevante Faktoren gesetzlich festzulegen. Zu diesen könnten dann auch die hier angesprochenen schuld mindernden Beweggründe des Täters gezählt werden. Zuletzt ist eine dritte Kategorie von nicht voll verwirklichten Mordmerkmalen zu berücksichtigen. Gemeint sind damit Fälle, in denen der spezifische Schuld- oder Unrechtsgehalt eines Mordmerkmals nicht voll verwirklicht wird – gewissermaßen das »teilverwirklichte Mordmerkmal«.⁷³ Hier kann § 211 StGB wegen der tatbestandlichen Bestimmtheit nicht zur Anwendung gelangen. Da die Angriffsmodalitäten aber denjenigen der Mordmerkmale entsprechen, kommt eine Anwendung des § 212 Abs. 2 StGB bei dem Zusammentreffen mehrerer teilverwirklichter Mordmerkmale in Betracht.⁷⁴ Um auch hier eine differenzierte Reaktion nach dem Maß der Tatschuld zu ermöglichen, wäre die lebenslange Freiheitsstrafe durch eine gegenüber dem Abs. 1 angehobene Mindeststrafdrohung zu ersetzen.

Allen drei Kategorien gemein ist, dass die Verhängung einer absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe sich als unangemessen darstellt. Die dargelegten Erscheinungsformen der unrechts- oder schuldgeminderten Tötung verlangen differenzierte Strafdrohungen, welche insbesondere den »Absolutheits-Exklusivitäts-Mechanismus« des Mordtatbestandes durchbrechen⁷⁵. Diesem Bedürfnis, das sich auch als zweckrationales Verständnis von Schuld beschreiben lässt,⁷⁶ wird die vorstehend skizzierte Systematik gerecht.

Die damit einhergehende sanktionenrechtliche Flexibilisierung steht allerdings in einem Konflikt mit dem durch die absolute Freiheitsstrafe verfolgten Anliegen einer gleichmäßigen Strafzumessung. Verfassungsrechtlich wird dieses Gleichmäßigkeitsziel jedoch durch die aus dem Schuldprinzip zwingend folgende Individualisierbarkeit von Strafe überlagert. Deshalb sollte das kollidierende Gleichmäßigkeitsziel nicht durch eine absolute Strafordrohung, sondern anhand eines strafprozessual institutionalisierten, individuell auszufüllenden Wertungsvorgangs abgesichert werden. Hier liegt die Kodifikation bereichsspezifischer Strafzumessungskriterien im Sinne der in England und Wales zum Einsatz kommenden »Sen-

tencing Guidelines« nahe, welche ein strukturiertes Entscheidungsfindungsprogramm anbieten. Gerade im Bereich der Tötungsdelikte sind die englisch-walisischen Richtlinien⁷⁷ ein durchaus geeignetes Vorbild.

7. Schluss

Es hat sich gezeigt, dass die vorliegende Entscheidung durch den (weitgehenden) Gleichlauf der »feindlichen Willensrichtung« mit der (mutmaßlichen) Einwilligung einen Beitrag zur Vorhersehbarkeit und Konturiertheit der Rechtsprechung zur tatbestandlichen Einschränkung des Heimtückemerkmals geleistet hat. Während nach bisheriger Deutung der »feindlichen Willensrichtung« ein Widerspruch zu dem vom BGH verfolgten Leitprinzip der Gefährlichkeit bestand, ist dieser nun teilweise aufgelöst. Auch mit dem konkurrierenden Vertrauensbruchansatz lässt sich das Kriterium nunmehr größtenteils vereinbaren. Allerdings bleibt ein Widerspruch zu den Grundsätzen der Einwilligung bestehen, nach denen der subjektive Opferwille entscheidend ist, aber auch indiziell erkennbar sein muss. Einen überzeugenden Ansatz für die Systematisierung der Grenzfälle des Mordes liefert die Teilverwirklichungslehre, welche die der »feindlichen Willensrichtung« nach wie vor anhaftenden Widersprüche vermeidet und darüber hinaus offen für andere Fallgruppen geminderten Unrechts ist. Im Ergebnis unterstreicht nicht nur die Tatsache, dass sich der BGH zur Herleitung des Einschränkungskriteriums eines sprachlichen Kunstgriffs bedient, weil er meint, der Begriff »Heimtücke« habe nach allgemeinem Sprachgebrauch eine feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer zum Inhalt,⁷⁸ die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte. Auch die oben beschriebene dogmatische Inkohärenz im Umgang mit nicht der tatbestandlichen Einschränkung unterfallenden schuldgeminderten Fallkonstellationen verlangt nach einer Gesetzesfassung, die einen angemessenen und verhältnismäßigen Umgang mit allen Grenzfällen des Mordes nach einheitlichen Strafzumessungskriterien ermöglicht.

⁷³ Dazu *Momsen*, *NStZ* 1998, 487 ff. und *JR* 2000, 26 ff.

⁷⁴ Zur Konzeption ausführlich: *Momsen*, *NStZ* 1998, 487 ff.

⁷⁵ Dafür sprach sich auch die *Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* aus, siehe: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57 a StGB), S. 55 ff.

⁷⁶ Zu einem solchen »zweckrationalen Schuldbegriff« im Rahmen des § 35 StGB vgl. *Momsen* (o. Fn. 31), S. 493 ff., 499 ff. und allg. in *FS H. Jung*, 2007, S. 569 ff.

⁷⁷ Für das dem Common Law entstammende Delikt »Murder« ist die Berücksichtigung strafehörender und strafmildernder Faktoren ausnahmsweise bereits gesetzlich festgelegt, der Wertungsvorgang entspricht dem Grundgedanken der »Sentencing Guidelines«. Für die Strafzumessungsrichtlinie für versuchten Mord siehe: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/attempted-murder/>; für einen allgemeinen Überblick, siehe *Ashworth/Roberts*, in: *Ashworth/Roberts* (Hrsg.), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, 2013, S. 1.

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 22. September 1956 – GSSt 1/56 –, BGHSt 9, 385, Rn. 23.