

Die „feindliche Willensrichtung“ als Element der Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB

Von Dr. Fabian Stam, Potsdam*

I. Einleitung

Dass die §§ 211, 212 StGB reformbedürftig sind, entspricht der allgemeinen Meinung. Dabei steht unter anderem das Mordmerkmal der „Heimtücke“ im Fokus. Denn erstens ist unklar, weshalb diese sich überhaupt strafscharfend auswirken soll. Zweitens ist die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht für jede heimtückische Tötung verhältnismäßig. Schlagworte sind hier sogenannte Haustyrannenfälle¹ und ganz allgemein Fälle, in denen körperlich Unterlegene körperlich Überlegene töten (typischerweise, aber nicht notwendigerweise ist das – wie in den Haustyrannenfällen – so, wenn Frauen Männer töten)². Diese möglicherweise auch geschlechterdiskriminierende Problematik³ und die damit verbundene Gesetzeskritik soll indes nicht Gegenstand des folgenden Beitrags sein. Der Beitrag befasst sich vielmehr mit der *lex lata*. Denn auch wenn die vom Bundesjustizministerium eingesetzte „Expertengruppe“ sich für die Reform der Tötungsdelikte ausgesprochen hat,⁴ ist seitdem wenig (oder besser gesagt: nichts) geschehen, und die Umsetzung angelegener Reformen ist derzeit nicht besonders wahrscheinlich. Die gegenwärtige Fassung der §§ 211, 212 StGB und das Mordmerkmal der „Heimtücke“, das schon allein wegen der nationalsozialistischen Provenienz (erlassen 1941⁵ durch die Reichsregierung⁶) sowie angesichts der nationalsozialistischen Prägung des Begriffs (man denke nur an die sogenannten „Heimtückegesetze“, die praktisch jede Kritik an der nationalsozialistischen Führung unter Strafe stellten⁷) äußerst kritikwürdig ist, dürften daher auch künftig maßgeblich bleiben und sollen deshalb Gegenstand des Beitrags sein. Dabei geht es im Folgenden nicht darum, ob und wie dieses an manchen Stellen zu weite Tatbestandsmerkmal restriktiv aus-

gelegt werden soll (ob also etwa eine negative Typenkorrektur vorgenommen oder ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch des Täters verlangt werden soll⁸). Die hier interessierende Frage ist vielmehr, ob das Mordmerkmal der „Heimtücke“ ein Handeln des Täters in feindlicher⁹ Willensrichtung verlangt und wann diese fehlt. Einem induktiven Ansatz folgend werden hierfür sämtliche (nämlich 24) in der Standardliteratur präsenten Entscheidungen des BGH zu der Frage berücksichtigt.

Während Heimtücke nach der bis dato ständigen Rechtsprechung voraussetzte, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung ausnutzt, wobei es an letzterer vor allem dann fehlen kann, wenn der Täter vermeintlich „zum Besten“ des Opfers handelt,¹⁰ wählte der 5. Strafsenat in einer Entscheidung von 2019 – die hier näher betrachtet werden soll – einen abweichenden Ansatz. Ihm zufolge kann einer „heimtückischen Tötung [...] die feindselige Willensrichtung [...] grundsätzlich nur dann fehlen, wenn sie dem ausdrücklichen Willen des Getöteten entspricht oder – aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung – mit dem mutmaßlichen Willen des zu einer autonomen Entscheidung nicht fähigen Opfers geschieht“. Ansonsten habe ein Schuldspruch wegen Mordes zu erfolgen, und es sei zu prüfen, ob die Strafe im Sinne der sogenannten Rechtsfolgenlösung zu mildern sei.¹¹ Nach hier vertretener und im Folgenden entwickelter Ansicht überzeugt das nicht. Der Begriff der „Heimtücke“ setzt das Handeln des Täters in feindlicher Willensrichtung voraus, und dieses fehlt immer dann, wenn der Täter *glaubt*, zum Besten des Opfers zu handeln. Das entspricht zum Teil der Auffassung in der früheren Rechtsprechung (hierzu im Folgenden), die diese jedoch nie eingehend begründet hat.

Zunächst zum Sachverhalt der Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH: Der Angeklagte befand sich in einer für ihn aussichtslosen finanziellen Situation und tötete „seine schlafende Ehefrau, indem er ihr mit einem schweren Hammer neun wuchtige Schläge gegen den Kopf versetzte“. Tatmotiv sei es gewesen, „seiner Ehefrau durch die Tötung ein Leben im finanziellen Ruin zu ersparen, insbesondere die für wahrscheinlich gehaltene Wohnungskündigung und die Sperrung

* Der Autor ist Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg).

¹ Vgl. etwa BGHSt 48, 255; dazu statt vieler nur Rengier, NSTZ 2004, 233; Rotsch, JuS 2005, 12.

² Vgl. bereits Jescheck, JZ 1957, 386 (387): Heimtücke sei „manchmal gar nicht Ausdruck von Verschlagenheit und Feigheit [...], sondern einfach die Waffe des Schwachen und Wehrlosen gegen Übermacht, Gewalt und Brutalität. Sie spielt daher bei Tötungsverbrechen am Ehemann, Vater oder Stiefvater fast immer eine Rolle und kann dann ein für die Gesamtwürdigung der Tat gänzlich untergeordnetes Moment sein.“

³ Zu diesem Aspekt Lembke, NK 2009, 109.

⁴ Siehe dazu den Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 2015, insbesondere die Zusammenfassung und Abstimmungsergebnisse auf S. 15–60.

⁵ RGBl. I 1941, S. 549.

⁶ Diese war hierzu gemäß Art. 1 S. 1 des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 24.3.1933 (RGBl. I 1933, S. 141, sog. Ermächtigungsgesetz) befugt.

⁷ Dazu Dörner, „Heimtücke“: Das Gesetz als Waffe, 1998.

⁸ Vgl. hierzu nur Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 203–214; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage 2018, § 211 Rn. 6; jeweils mit umfangreichen Nachw.

⁹ Die Begriffe „feindlich“ und „feindselig“ werden in Rechtsprechung und Literatur synonym gebraucht. Im Sinne eines einheitlichen Sprachgebrauchs wird hier (abgesehen von wörtlichen Zitaten) durchgehend der Begriff „feindlich“ verwendet.

¹⁰ Nachweise folgen sogleich im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung.

¹¹ BGH NSTZ 2019, 719 (722).

des Stromanschlusses bei Wegfall seiner Einkünfte ohne Aussicht, eine neue Stellung zu erhalten“. Daneben sei bestimmend gewesen, „dass seine fast 78-jährige Ehefrau [...] an nicht unerheblichen physischen Einschränkungen, insbesondere einer deutlich verminderten Beweglichkeit litt, sie zudem erkennbar an Lebenslust verloren hatte und oftmals deprimiert und niedergeschlagen war. Er wollte ihr einen von ihm befürchteten völligen psychischen Zusammenbruch durch die Offenbarung der Wahrheit ersparen, indem er sie tötete. Andere – naheliegende – Möglichkeiten wie die Stellung eines erneuten Insolvenzantrages, den Gang zur Schuldnerberatung, verbunden mit einer weitgehenden Offenbarung der finanziellen Verhältnisse gegenüber seiner Ehefrau, erzog er nicht ernsthaft.“¹²

II. Feindliche Willensrichtung als begriffliche Vorgabe

1. Implikationen des Wortes „heimtückisch“

Weil Strafgesetze sich an alle ihnen Unterworfenen, d.h. die gesamte Bevölkerung, richten und von diesen verstanden werden müssen (wenn die Bürger sie befolgen sollen), muss der Gesetzgeber sich einer Sprache bedienen, die dem Verständnishorizont der Rechtsunterworfenen entspricht.¹³ Ausgangspunkt der Auslegung muss deswegen dasjenige sein, was allgemein unter einem Begriff verstanden wird, d.h. die *Standardsprache* (auch Hochsprache genannt). In der wissenschaftlichen Diskussion über das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung fällt indes ins Auge, dass es fast durchgehend an einer näheren Befassung mit dem Gesetzeswortlaut, insbesondere dem Sinn des Wortes „heimtückisch“, fehlt, obwohl der *Große Senat* das Merkmal ausdrücklich aus dem Begriff der Heimtücke entwickelt hat (siehe dazu sogleich).

Während der BGH nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst noch davon ausging, dass Heimtücke nur die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers voraussetzt,¹⁴ deutete sich bereits 1952 eine Veränderung an. Einerseits verwies der *1. Strafsenat* des BGH zwar darauf, dass die „heimtückische Tatausführung auch nicht dadurch ausgeschlossen [werde], daß der Täter aus nicht besonders verwerflichen, vielleicht sogar menschlich noch begreiflichen Beweggründen zu seinem Verbrechen gelangt“ sei. Andererseits warf er – in einem obiter dictum – die Frage auf, „ob die Vorstellung des Täters, mit der Tat das Beste des von ihm Getöteten zu bezwecken“, eine heimtückische Tatbegehung ausschließen könne.¹⁵ Wenige Monate später hielt er es (ebenfalls obiter) sogar für möglich, dass „[u]nter sehr seltenen Umständen [...] gewisse sittlich anerkennenswerte Beweggründe einer die Arg- und Wehrlosigkeit des Angegriffenen ausnützenden Tötung das Wesen der Heimtücke ausnahmsweise nehmen“ können.¹⁶

Grundlegend entschied dann auf Vorlage des *3. Strafsenats* der *Große Senat* für Strafsachen 1956 in einem Fall, in

dem der Angeklagte (der aufgrund seines beruflichen Fehlverhaltens „in tiefe Verzweiflung“ geraten war), bevor er sich selbst töten wollte, seine Tochter erwürgte und seine Ehefrau zu erwürgen versuchte, weil er „glaubte, daß seine Familie die Entehrung und die Not, die er über sie gebracht hatte, nicht ertragen könnte“, und er „seiner Familie eine Wohltat“ erweisen würde, „wenn er sie auslösche“: Die Gesinnung des Täters könne „insofern bedeutsam sein, als sie dem Vorstellungsbilde entsprechen muß, das dem Begriff der Heimtücke selbst zugrunde liegt. Hierzu ist die bisherige Auslegung des Merkmals der Heimtücke in folgendem Sinne fortzuentwickeln: Der Begriff ‚Heimtücke‘ hat nach allgemeinem Sprachgebrauch eine feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer zum Inhalt. Diese feindselige Haltung des Täters gegen das Opfer zeigt sich darin, daß er dessen Arg- und Wehrlosigkeit zum Töten ausnutzt. Sie gibt damit dem Gesamtbild der Tat das Gepräge. Wenn der Täter jedoch – wie hier – seine Familie, die er sehr liebt, mit sich in den Tod nehmen, ihr also das Schicksal bereiten will, das er sich selbst zgedacht hat, weil er in krankhafter Verblendung meint, zum Besten seiner Familie zu handeln, so fehlt es ihm an der feindseligen Willensrichtung, die für das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit kennzeichnend ist. Er handelt dann nicht heimtückisch.“¹⁷ Der BGH folgert also aus dem Sinn des Wortes „heimtückisch“, dass dieses das Handeln in feindlicher Willensrichtung voraussetzt. Wie eng die sich hieraus ergebende begriffliche Einschränkung zu verstehen ist, betont der *Große Senat* 1957. So habe der Richter, wenn ein Mordmerkmal erfüllt sei, „nicht noch zu prüfen, ob die Tat ihrem Gesamtbilde nach besonders verwerflich“ sei, und auch ein Handeln „in einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung“ könne die Heimtücke nicht ausschließen. Vielmehr könne es lediglich dann an der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit fehlen, „wenn er [der Täter, *Verf.*] glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln“.¹⁸ Dies hat im Grundsatz seitdem der ständigen Rechtsprechung entsprochen.¹⁹

Wenn dagegen in der Literatur zum Teil von einer „Basisdefinition“²⁰ oder davon gesprochen wird, dass der BGH das Merkmal der feindlichen Willensrichtung in die Definition der Heimtücke „eingebaut“²¹, „hineininterpretiert“²², dieses der ursprünglichen Definition „nachgeschoben“²³ habe

¹⁷ BGHSt 9, 385 (390).

¹⁸ BGHSt 11, 139 (143 f.).

¹⁹ BGH NJW 1978, 709; BGH, Urt. v. 17.12.1980 – 3 StR 433/80 = bei *Holtz*, MDR 1981, 265 (267); BGHSt 30, 105 (116); BGH StV 1989, 390; BGH NStZ 1995, 230 (231). – 1999 ergänzt der *1. Strafsenat* des BGH dies noch dahingehend, dass für den Fall, dass der Täter glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln, obwohl dies dem erklärten Willen des Opfers widerspricht, „eine feindliche Willensrichtung nur verneint werden [könne], wenn er in krankhafter Verblendung“ handele, BGH NStZ-RR 2000, 327.

²⁰ So *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 201; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 124.

²¹ *Hassemer*, JuS 1971, 626 (629).

²² *Roxin*, NStZ 1992, 34 (35).

²³ *Geilen*, JR 1980, 309 (312).

¹² BGH NStZ 2019, 719 f.

¹³ *Baumann*, MDR 1958, 394 (395); *Lorenz/Pietzcker/Pietzcker*, NStZ 2005, 429 (430).

¹⁴ BGHSt 2, 60.

¹⁵ BGHSt 3, 183 (186).

¹⁶ BGHSt 3, 330 (332 f.).

oder das Kriterium als „angebliches Heimtückemerkmal“²⁴ und als „bloße Erfindung“²⁵ bezeichnet wird²⁶, also der Wortlaut abweichend interpretiert wird, erfolgt diese Kritik an der Rechtsprechung dagegen weitgehend ohne Bezugnahme auf den Wortlaut des § 211 StGB, obwohl der *Große Senat* mit dem Abstellen auf den allgemeinen Sprachgebrauch ausdrücklich hierauf Bezug nimmt; sie bleibt damit eine schlichte Behauptung. Sie wirkt zudem befremdlich, weil sie anscheinend davon ausgeht, „Heimtücke“ sei etwas ontologisch Vorgegebenes, als ließe sich feststellen, was Heimtücke tatsächlich *ist* (nämlich die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit). Tatsächlich dürfte der Grund für das „Nachschieben“ indes schlicht der gewesen sein, dass sich die Frage, ob Heimtücke ein Handeln in feindlicher Willensrichtung erfordert, bis zu BGHSt 9, 385 nicht gestellt hatte. Die Rede von einer „Basisdefinition“ der Heimtücke, auf die das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung sozusagen „aufgepfropft“ worden sei, ist deshalb nicht nachvollziehbar.

Will man dagegen die allge-sprachliche Bedeutung des Wortes „heimtückisch“ ermitteln, liegt es nah, sich an der Bedeutung laut „Duden“ zu orientieren, weil die dort verzeichnete Bedeutung schon aufgrund der Verbreitung des Werks am ehesten den allgemeinen Sprachgebrauch widerspiegeln dürfte. Danach hat das Nomen Heimtücke die Bedeutung „hinterlistige Bösartigkeit“. Synonyme sind „Arglistigkeit, Bösartigkeit, Gemeinheit, Hinterhältigkeit, Hinterlist, Intrige, Machenschaften, Niederträchtigkeit, Ruchlosigkeit, Tücke; (gehoben) Arglist, Niedertracht, Perfidie; (bildungssprachlich) Intriganz; (derb) Hinterfotzigkeit; (abwertend) Falschheit, Infamie, Verschlagenheit“.²⁷ Das Adjektiv „heimtückisch“ hat laut Duden die entsprechende Bedeutung, nämlich: „bei völliger Verborgenheit nach außen hin in gefährlicher Weise bösartig oder davon zeugend“.²⁸ Anhaltspunkte dafür, dass dieses Adjektiv eine abweichende Bedeutung haben sollte, wenn es sich auf die Tötung eines Menschen bezieht, sind nicht ersichtlich. Eine Tötung ist unter Zugrundelegung dieser Bedeutung deshalb heimtückisch, wenn der Täter das Opfer bei völliger Verborgenheit nach außen hin in gefährlicher Weise bösartig oder davon zeugend tötet. Damit tritt die Feindseligkeit einer heimtückischen Handlung (kon-

ret: der Tötung) deutlich zu Tage, und es liegt sehr nah, sie – wie der BGH – als konstitutives Element des Tatbestandsmerkmals zu betrachten.²⁹ Gegen diese Interpretation spricht es nicht, dass der Begriff nach Auffassung des nationalsozialistischen Gesetzgebers dagegen primär die „Falschheit und Feigheit“, also dauerhafte subjektive Eigenschaften des Täters kennzeichnen sollte.³⁰ Denn dieses nationalsozialistisch ideologisch geprägte Begriffsverständnis entsprang der typisch übersteigerten Bedeutung der „Ehre“ (wonach beispielsweise jeder „SS-Mann das Recht und die Pflicht seine Ehre im Zweikampf mit der Waffe zu verteidigen“ hatte³¹). Dass eine solche Begriffsprägung im demokratischen Rechtsstaat nicht maßgeblich sein kann und deshalb außer Betracht zu bleiben hat, versteht sich. Es ist vielmehr der in unserer Gesellschaft allgemeine Sprachgebrauch zugrunde zu legen.

Erachtet man die feindliche Willensrichtung als Voraussetzung der Heimtücke, rückt die Täterpersönlichkeit zwar in gewissem Maße ins Zentrum, dies aber nur insofern, als es darauf ankommt, ob der Täter *im Tatzeitpunkt* in feindlicher Willensrichtung handelt. Mit einem Täterstrafrecht, das „die Strafe an die Persönlichkeit des Täters anknüpft und deren Asozialität und ihr Ausmaß über die Sanktion entscheiden lässt“³², hat dies hingegen nichts zu tun. Es wird nämlich allein auf die (von einer feindlichen Willensrichtung getragene) „Einzeltat und nicht auf die gesamte Lebensführung des Täters oder die von ihm künftig erwarteten Gefahren“³³ abgestellt. Selbst wenn man indes eine zu starke Täterzentrierung konstatieren wollte, spräche dies nicht gegen die hier vertretene Begriffsinterpretation, sondern gegen die Verwendung des Merkmals „heimtückisch“ durch das Gesetz (und damit für eine entsprechende Reform des § 211 StGB). Diese Gesetzgebungskritik ist indes (wie eingangs erwähnt) nicht Gegenstand des Beitrags.

2. Konflikt mit dem Strafschärfungsgrund der heimtückischen Begehung?

Gegen die feindliche Willensrichtung als Voraussetzung der heimtückischen Tötung wird jedoch vorgebracht, diese passe teleologisch nicht zum Strafschärfungsgrund der Heimtücke, den die wohl überwiegende Auffassung in Rechtsprechung

²⁴ Langer, JR 1993, 133 (139).

²⁵ Schneider (Fn. 8), § 211 Rn. 201; so auch Morris, Die normative Restriktion des Heimtückebegriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen, 2010, S. 143 f.

²⁶ Moderat kritisch auch Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 46. Ed., Stand: 1.5.2020, § 211 Rn. 55: in Anbetracht „des noch möglichen Wortsinns nicht zwingend“; ferner Mitsch, JuS 1996, 213 (214); Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 211 Rn. 42.

²⁷ Abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Heimtuecke> (4.7.2020).

²⁸ Abrufbar unter

<https://www.duden.de/rechtschreibung/heimtueckisch> (4.7.2020).

²⁹ Dass es sich bei dem Erfordernis der feindlichen Willensrichtung dagegen um eine „gesinnungsethisch überformte negative Typenkorrektur“ handeln sollte, erscheint angesichts dessen aus der Luft gegriffen. So aber Schneider, NSStZ 2005, 101 (103); ders. (Fn. 8), § 211 Rn. 202; ähnlich Geilen, JR 1980, 309 (312): „letztlich nur noch moralisierende Motivbewertung“; Rengier, MDR 1980, 1 (5). – Die angebliche „Indifferenz des Begriffs“ der feindlichen Willensrichtung kritisiert Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 211 Rn. 34.

³⁰ Dazu instruktiv und m.w.N. M. Beck, ZIS 2016, 10 (12–14).

³¹ Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935, zitiert nach M. Beck, ZIS 2016, 10 (14).

³² Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 1.

³³ Roxin/Greco (Fn. 32), § 6 Rn. 1, nennen dies als Voraussetzung des Täterstrafrechts.

und Literatur in der gesteigerten Gefährlichkeit für das Opfer erblickt, das sich typischerweise aufgrund eines Überraschungseffekts schlechter oder gar nicht gegen den Angriff verteidigen kann.³⁴ Denn das Handeln in feindlicher Willensrichtung steigere nicht die Gefahr für das Opfer.³⁵ Letzteres trifft zwar zu, doch läuft diese Auffassung auf eine Missachtung des Wortlauts hinaus. Denn auch wenn der Zweck der Heimtücke-Qualifikation sein mag, für das Opfer besonders gefährliche Handlungen strenger zu bestrafen³⁶ (was hier jedoch dahinstehen kann), verwendet das Gesetz eben doch den Begriff „heimtückisch“, der (wie gezeigt) eine opferfeindliche Konnotation aufweist.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, ist es ferner keineswegs „unsystematisch“ (verstanden im untechnischen Sinn, d.h. nicht als Auslegungskategorie), den Beweggrund (jedenfalls in gewissen Grenzen) in ein tatbezogenes Mordmerkmal mit einzubeziehen.³⁷ Zudem ist die monistische Bestimmung des Qualifikationsgrunds keineswegs zwingend, es ist vielmehr ebenso gut möglich (und nach dem Wortlaut zudem überaus naheliegend), als Qualifikationsgrund (gegebenenfalls neben der gesteigerten Gefährlichkeit) auch die (mit der heimtückischen Begehung typischerweise einhergehende, im Einzelfall aber möglicherweise ausscheidende) besondere Feindseligkeit gegenüber dem Opfer anzusehen.

3. Opfer- oder Rechtsgutfeindlichkeit?

Gegen das Erfordernis der feindlichen Willensrichtung wird ferner seit langem wiederholt die auf *Schwalm* zurückgehende Kritik geäußert, dass jede Tötung eines Menschen (bzw. der entsprechende Versuch) auf „einer feindlichen, nämlich rechtsgutfeindlichen Willensrichtung“ beruhe, auch wenn der Täter „glaubt, dem anderen eine ‚Wohltat‘ zu erweisen“³⁸, „ein nicht-feindlicher Angriff auf das Leben eines anderen, geschehe er auch aus den honorigsten Motiven“, sei nämlich – so *Hassemer* – „nicht denkbar“³⁹, und rhetorisch fragt *Rengier*, „[w]elcher Totschläger [...] sich schon ernsthaft anmaßen [könne], seinem Opfer ‚freundlich‘ gesinnt zu sein“^{40, 41}

³⁴ Vgl. nur die umfangreichen Nachw. bei *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 149; *Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 46; *Kühl* (Fn. 8), § 211 Rn. 6.

³⁵ *Wachter*, *NStZ* 2019, 722 (723); *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 201; *Sinn* (Fn. 26), § 211 Rn. 42; *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2019, § 211 Rn. 51.

³⁶ Diesbezüglich kritisch und für eine Abschaffung des Mordmerkmals „Heimtücke“ etwa *M. Beck*, *ZIS* 2016, 10 (15–17).

³⁷ So aber *Wachter*, *NStZ* 2019, 722 (723); *Eschelbach* (Fn. 26), § 211 Rn. 55; *Safferling* (Fn. 35), § 211 Rn. 41.

³⁸ *Schwalm*, *MDR* 1957, 260; sehr ähnlich *Langer*, *JR* 1993, 133 (139).

³⁹ *Hassemer*, *JuS* 1971, 626 (629); ähnlich *Mitsch*, *JuS* 1996, 213 (214).

⁴⁰ *Rengier*, *MDR* 1980, 1 (5).

⁴¹ Wie die zuvor genannten auch *Eschelbach* (Fn. 26), § 211 Rn. 55; *Schneider* (Fn. 8), § 211 Rn. 211; *Grünewald*

Es wird also behauptet, dass der Täter eines vorsätzlichen Tötungsdelikts stets feindlich in Bezug auf das geschützte Rechtsgut handele, weshalb das Merkmal der feindlichen Willensrichtung keine begrenzende Funktion haben könne. Diese Kritik überzeugt jedoch nicht. Denn erstens missachtet sie den Charakter von Feindschaft als sozialer Beziehung zwischen Menschen(-gruppen) und verwendet den Begriff rein metaphorisch, wie wenn man beispielsweise sagt, jemand sei ein „Feind“ der Ungerechtigkeit. Darüber hinaus ist die Kritik aber insbesondere deshalb verfehlt, weil sie den Inhalt der Entscheidung des *Großen Senats* von 1956 ignoriert, der zur Bejahung von Heimtücke ausdrücklich die „feindliche Willensrichtung des Täters gegen das Opfer“⁴² und nicht gegen das geschützte Rechtsgut verlangt.⁴³ Dass aber gerade nicht jede Tötung von einer feindlichen Willensrichtung gegen das *Opfer* getragen sein muss, liegt dagegen – wie insbesondere „Mitleidstötungen“ zeigen – auf der Hand.

III. Keine Normativierung der „feindlichen Willensrichtung“

Sieht man also wie hier vertreten die feindliche Willensrichtung als konstitutives Element der Heimtücke an, stellt sich die Folgefrage, in welchen Konstellationen sie entfallen soll. Zunächst hatte der *Große Senat* für Strafsachen 1956 nur auf die Sicht des Täters abgestellt und die feindliche Willensrichtung etwa verneint, wenn der Täter „in krankhafter Verblendung meint, zum Besten seiner Familie zu handeln“.⁴⁴ Auch 1980 sollte es genügen, dass der Angeklagte „wenn auch in verblendeter Verkenning des Lebensrechtes seiner Tochter, zu deren Besten handeln“ wollte.⁴⁵

Während es sich bei diesen Entscheidungen jeweils um sogenannte erweiterte Suizidversuche handelte (die Täter also jeweils zunächst Familienmitglieder und sodann sich selbst töten wollten), hatte der *3. Strafsenat* des BGH 1991 erstmals über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Krankenpflegerin fünf schwerstkranken Patienten „heimlich tödliche Injektionen verabreicht [hatte], um ihnen aus Mitleid weiteres von ihr als sinnlos angesehenes Leiden und einen Todeskampf zu ersparen, obwohl weder die Patienten noch deren Angehörige darum gebeten hatten“.⁴⁶ Der *Senat* bestimmt hier die feindliche Willensrichtung normativ, d.h. ihm zufolge reicht nicht

(Fn. 20), S. 129; *Zorn*, *Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*, 2013, S. 125.

⁴² BGHSt 9, 385 (390).

⁴³ So auch *Schaffstein*, in: *Geerds/Naucke* (Hrsg.), *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, 1966, S. 419 (423); *Theile*, *ZJS* 2019, 525 (528).

⁴⁴ BGHSt 9, 385 (390).

⁴⁵ BGH, *Urt. v. 17.12.1980 – 3 StR 433/80 = bei Holtz*, *MDR* 1981, 265 (267); ebenfalls ohne Element der Bewertung des konkreten Tatmotivs BGH *StV* 1989, 390.

⁴⁶ BGHSt 37, 376 – Dass der *3. Strafsenat* die feindliche Willensrichtung ablehnt, kritisiert (aufgrund einer abweichenden Sachverhaltsinterpretation) *Geilen*, in: *Seebode* (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, S. 519.

jede „Mitleidsmotivation“ aus, „um eine die Heimtücke prägende feindselige Haltung des Täters aus Rechtsgründen auszuschließen“. Vielmehr könnten „[b]ei der Prüfung, ob das Tatmotiv als feindselig zu werten ist, [...] normative Gesichtspunkte nicht außer Betracht bleiben. In oberflächlich vorhandener Mitleidsmotivation kann sich Feindseligkeit gegenüber dem Lebensrecht Schwerstkranker offenbaren. Daher kann Mitleid in Fällen dieser Art die Annahme des Heimtückemerkmals nur dann ausschließen, wenn es sich aus einer objektiv nachvollziehbaren Wertung des Täters ableitet, die der Vermeidung schwersten Leidens den Vorrang gibt. Heimtücke wird bei ‚Mitleidstötungen‘ vorliegen, wenn der Täter seine Opfer unter Ausnutzung von deren Arg- und Wehrlosigkeit nach eigenen Wertmaßstäben ‚selektiert‘ und von sich aus selbstherrlich das Leben der seiner ärztlichen oder pflegerischen Fürsorge anvertrauten Patienten gezielt verkürzt, indem allein er bestimmt, wen er wann durch eine von niemandem erbetene Tötung ‚erlösen‘ will.“⁴⁷ Zusammenfassend und präzisierend heißt es 1997 beim *1. Strafsenat* des BGH, dass in entsprechenden Fällen „eine die Heimtücke prägende feindselige Willensrichtung des Täters nur dann entfällt, wenn seine Motivation sich aus einer objektiv nachvollziehbaren Wertung ableitet, die der Beendigung schwersten Leidens den Vorrang gibt gegenüber dem grundsätzlich gebotenen Lebensschutz“.⁴⁸ Auch der *2. Strafsenat* des BGH bestimmt die feindliche Willensrichtung 2001 in diesem Sinne normativ, wenn es darauf ankommen soll, „daß der Angeklagte *begründet* meinte, zum Besten des Opfers zu handeln“.⁴⁹ 2008 entschied schließlich der *5. Strafsenat* des BGH, dass Heimtücke nicht ausscheide, wenn die Angeklagte „nicht aus individuellem Mitleid mit den schwerkranken Patienten“, sondern deshalb handle, um „ihre Vorstellung über Würde und Wert des Lebens eines sterbenden Menschen“ durchzusetzen.⁵⁰

Diese strengere Linie der Rechtsprechung blieb jedoch nicht auf Krankenhaustötungen beschränkt: So entschied der *1. Strafsenat* des BGH 1999 in einem Fall, in dem das Opfer (die Ehefrau des Angeklagten) eine gemeinsame Selbsttötung „entschieden abgelehnt“ hatte, der Angeklagte sie aber gleichwohl tötete, dass der Angeklagte sich „nicht darauf berufen [könne], er habe zum Besten seiner Frau gehandelt, als er sie tötete“. Eine feindliche Willensrichtung könne vielmehr „nur verneint werden, wenn er in krankhafter Verblendung“ gehandelt habe.⁵¹ Ähnlich wie in den Krankenhauffällen genügt dem *1. Strafsenat* des BGH der bloße Glaube, zum Besten des Opfers zu handeln, 2001 nicht mehr: In einem Fall, in dem der Angeklagte seine Ehefrau tötete und im Anschluss auch sich selbst töten wollte, fordert der *1. Strafsenat* (weil der Täter nicht „übereinstimmend“ mit

seiner Ehefrau handelte) nämlich „daß der Angeklagte *begründet* meinte, zum Besten des Opfers zu handeln.“⁵²

Die Entscheidungen zeigen, dass die anfangs geübte Nachsicht gegenüber Tätern, die aus ihrer Sicht zum Besten des Opfers gehandelt haben, zunehmender Verständnislosigkeit gewichen ist. Während zu Beginn allein erforderlich war, dass der Täter *glaubte*, zum Besten der Opfer zu handeln, stellte die Rechtsprechung im weiteren Verlauf zunehmend darauf ab, ob (und weshalb) er dies glauben *durfte*. Obwohl es strenggenommen (mit Ausnahme von Notwehr- oder Notstandssituationen) keinen guten Grund geben kann, einen Menschen ohne (und nach der Wertung des § 216 StGB auch mit) dessen Willen zu töten, fragt sie, ob die Tat „objektiv nachvollziehbar“ ist. Mit seiner jüngsten Entscheidung hat nun der *5. Strafsenat* den Ausschluss der Heimtücke aufgrund eines Handelns „zum Besten“ des Opfers noch weiter zurückgedrängt: Bei Opfern, die zu einem eigenen Entschluss fähig sind, soll die feindliche Willensrichtung danach bei einer Tötung ohne deren Zustimmung nie fehlen, und bei Opfern die hierzu nicht in der Lage sind, nur dann, wenn dies „aufgrund einer objektiv nachvollziehbaren und anzuerkennenden Wertung“ mit dem mutmaßlichen Willen des Opfers übereinstimmt.⁵³

Mit der ursprünglichen Rechtsprechung des *Großen Senats* und der Bedeutung des Begriffs „feindliche Willensrichtung“ hat dies nichts mehr zu tun. Der BGH unterliegt hier der (oben bereits angesprochenen) Fehlvorstellung, diese müsse sich auf das *Rechtsgut* beziehen. Dann ließe sich in der Tat argumentieren, dass eine Rechtsgutfeindlichkeit nur dann ausscheidet, wenn das Opfer das Rechtsgut durch sein Einverständnis preisgegeben hat (wobei es dann regelmäßig ohnehin schon an der Arglosigkeit des Opfers fehlen und zudem eher § 216 StGB als § 212 StGB erfüllt sein und selbst bei Erfüllung des § 212 StGB ein minder schwerer Fall nach § 213 StGB naheliegen dürfte⁵⁴) oder davon ausgegangen werden darf, dass es dies bei Entschlussfähigkeit getan hätte. Dass sich die Feindlichkeit aber gerade nicht auf das Rechtsgut, sondern das Opfer beziehen muss, wurde oben bereits dargelegt. Zudem widerspricht es der üblichen gesetzlichen Wertung, wenn das *Fehlen* einer Zustimmung (das ja den Regelfall der vorsätzlichen Tötung darstellt!) strafschärfend (nämlich zur Begründung eines Qualifikationsmerkmals) gewertet wird; tatsächlich kann sich nämlich nur das *Vorliegen* einer Zustimmung auswirken – und zwar strafmildernd.⁵⁵

Berücksichtigt man die Bedeutung der Begriffe „Heimtücke“ und „feindliche Willens(!)richtung“, wäre es dagegen angezeigt, entsprechend der früheren Rechtsprechung Heimtücke schon dann aufgrund der fehlenden feindlichen Willensrichtung zu verneinen, wenn der Täter nach *seiner* Vorstellung zum Besten des Opfers handelt⁵⁶ (er dem Opfer also

⁴⁷ BGHSt 37, 376 (377 f.); ebenso BGH NStZ-RR 1997, 42 (43); BGH StV 1998, 583 (584); BGH NStZ 2008, 93 (94).

⁴⁸ BGH StV 1998, 583 (584).

⁴⁹ BGH StV 2001, 666 (667, *Hervorhebung* nur hier).

⁵⁰ BGH StV 2009, 524 (525).

⁵¹ BGH NStZ-RR 2000, 327.

⁵² BGH StV 2001, 666 (667, *Hervorhebung* nur hier).

⁵³ BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁵⁴ Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525 (527); Jäger, JA 2019, 791 (793).

⁵⁵ Mitsch, NJW 2019, 2416; Wachter, NStZ 2019, 722.

⁵⁶ Vgl. Jäger, JA 2019, 791 (793); Neumann, StV 2009, 526 (527).

nichts Böses will) und zwar unabhängig davon, ob die Motivation des Täters nachvollziehbar ist oder nicht. Es bedarf also keiner normativen Betrachtung, ob die Maßstäbe, die der Täter zugrunde legt, nachvollziehbar oder gar vernünftig sind. Denn jeder Täter, der zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, verwirklicht ein ganz erheblich verringertes Handlungsunrecht.⁵⁷ Wenn *Roxin* meint, „ein Mitleid, das in den objektiven Gegebenheiten und vor allem der körperlichen und psychischen Situation des Patienten keine nachvollziehbare Begründung findet, sollte keine mildernde Wirkung haben, weil es hinter dem Schleier altruistischer Motivation mehr die Interessen des Täters als des Opfers verfolgt“⁵⁸, überzeugt das nur teilweise. Der Einwand zielt nämlich letztlich darauf ab, ob man es dem Täter glaubt, tatsächlich gedacht zu haben, zum Besten des Opfers zu handeln, wozu man eher bereit sein wird, wenn dessen Motiv nachvollziehbar ist. Das ist aber eine Beweisfrage, die nicht durch die materiell-rechtliche Voraussetzung ersetzt werden darf, dass die Motivation objektiv nachvollziehbar sein muss. Lässt sich feststellen, dass der Täter tatsächlich „hinter dem Schleier altruistischer Motivation“ mehr die eigenen als die (vermeintlichen) Interessen des Opfers verfolgt hat, handelt er selbstverständlich in feindlicher Willensrichtung.⁵⁹

Beispielsweise handelt nicht in feindlicher Willensrichtung, wer einen schwerkranken Menschen tötet, weil er glaubt, dass dieser schwer leide, und ihm dieses (möglicherweise nur vermeintliche) Leid ersparen möchte. Wer dagegen handelt, weil ihm das Opfer zur Last fällt, tut dies in feindlicher Willensrichtung (und dazu möglicherweise aus einem niedrigen Beweggrund). In jedem Fall in feindlicher Willensrichtung und aus einem niedrigen Beweggrund handelt, wer beispielsweise einen Menschen mit Behinderung tötet, weil er meint, dabei handele es sich um „lebensunwertes Leben“. Nicht überzeugend ist es dagegen, die feindliche Willensrichtung deshalb zu bejahen, weil der Täter sich „zum Herrn über Leben und Tod“ aufwirft und „in schwerwiegender Weise das uneingeschränkte Lebensrecht auch der Schwerstkranken

⁵⁷ A.A. *Safferling* (Fn. 35), § 211 Rn. 51: „Die Handlungsmotivation des Opfers spielt im Rechtsverhältnis zum Opfer [...] keine Rolle“.

⁵⁸ *Roxin*, NStZ 1992, 35 (36); ebenso *Rissing-van Saan/G. Zimmermann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 122; ähnlich in Bezug auf „erweiterte Suizidversuche“ auch *Saliger* (Fn. 34), § 211 Rn. 73: „Der Täter, der sich anmaßt, dem Leben anderer Personen als Konsequenz seines eigenen Unglücks oder Versagens den Lebenswert abzuspochen, handelt eher aus Narzissmus denn aus Mitleid mit dem Opfer.“

⁵⁹ Damit übereinstimmend entschied 2006 der 2. *Strafsenat* des BGH, dass es darauf ankomme, dass das Handeln „zum Besten“ des Opfers der alleinige Tatantrieb ist; handele der Täter dagegen auch aus einem nicht-altruistischen Motiv (konkret bei der Tötung der Kinder „um seine Ehefrau anzuklagen und zu bestrafen“) sei die feindliche Willensrichtung zu bejahen, siehe BGH NStZ 2006, 338 (339).

und Behinderten“ missachtet.⁶⁰ Denn diese (selbstverständlich verwerfliche) Missachtung kennzeichnet jede vorsätzliche Tötung.

Das dürfte auch keineswegs, wie dies etwa beim 5. *Strafsenat* anklingt, zu „unangebrachten“⁶¹ Ergebnissen führen. Nimmt man den jüngst entschiedenen Fall, dürfte es kaum zweifelhaft sein, dass sich die Tat des Angeklagten, der handelte, um seiner Ehefrau ein „Leben im finanziellen Ruin zu ersparen“, im Unrechtsgehalt deutlich vom Normalfall heimtückischer Tötungen unterschied. In diesem Zusammenhang kann es nicht schaden, die Selbstverständlichkeit zu betonen, dass es bei der Frage, ob die feindliche Willensrichtung vorliegt, nicht darum geht, ob das Handeln des Täters erlaubt ist, sondern (allein) darum, ob die Tat zwingend zu einer lebenslangen oder „nur“ zu einer sehr langen (nämlich fünf- bis fünfzehnjährigen) Freiheitsstrafe führt. Zwar bleibt selbstverständlich das (beträchtliche) Unrecht der vorsätzlichen Tötung bestehen, doch handelt es sich nicht um eine Konstellation, die die zwingend lebenslange Freiheitsstrafe nach sich ziehen muss. Im Gegenteil erschiene diese hier (verglichen mit Fällen tatsächlich heimtückischer Tötungen) unverhältnismäßig – wie auch der Verweis des 5. *Strafsenats* auf die sog. Rechtsfolgenlösung⁶² zeigt (hierzu sogleich).

IV. Lösung auf Rechtsfolgenreite?

Es ist nämlich nicht so, dass der 5. *Strafsenat* des BGH die Problematik von Tötungen zum vermeintlich Besten des Opfers (bei denen er die feindliche Willensrichtung unzutreffenderweise bejahen will) verkennt. Er meint jedoch, den Konflikt dadurch lösen zu können, dass bei Bejahung der Heimtücke im Anschluss zu prüfen sei, „ob aufgrund ganz besonderer schuld mindernder Gesichtspunkte in Anwendung der Grundsätze der Entscheidung des *Großen Senats* [zur Rechtsfolgenlösung, *Verf.*] ausnahmsweise eine Berücksichtigung des besonderen Tatmotivs auf der Rechtsfolgenreite geboten ist.“⁶³ Dagegen spricht erstens bereits die eklatante Kompetenzüberschreitung, die der *Große Senat* für Strafsachen mit der Einführung der offensichtlich gesetzeswidrigen „Rechtsfolgenlösung“ begangen hat.⁶⁴ Zweitens öffnet der Verweis auf die (zudem in der Praxis überaus selten angewandte) Rechtsfolgenlösung dem Tatgericht einen enorm großen Spielraum. Es ist nämlich sowohl im Schrifttum als auch nach Auswertung der Rechtsprechung völlig unklar, unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Strafe mildern kann, weil der BGH nie präzisiert hat, wann „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, die eine Strafmilderung begründen können.⁶⁵ Dem offensichtlichen Ansinnen des 5. *Strafsenats*, „einzelfallgerechte“ Entscheidungen auf Kos-

⁶⁰ So aber *Kutzer*, NStZ 1994, 110; ebenso *Geilen*, JR 1980, 309 (312).

⁶¹ BGH NStZ 2019, 719 (721).

⁶² BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁶³ BGH NStZ 2019, 719 (722).

⁶⁴ Dazu nur *Stam*, JZ 2018, 1055 (1056) m.w.N.

⁶⁵ Vgl. die Analyse der Rechtsprechung bei *Stam*, Studere 2019, 38.

ten der Rechtssicherheit des Beschuldigten fallen zu können, ist deshalb in aller Deutlichkeit entgegenzutreten.

V. Exkurs: Die Behauptung einer überholten Rechtsprechung

Auch wenn der 5. Strafsenat in seiner jüngsten Entscheidung formal am Kriterium der feindlichen Willensrichtung festhält, interpretiert er es doch völlig neu, mit der Folge, dass praktisch nichts von ihm übrigbleibt.⁶⁶ Er geht nämlich nicht mehr davon aus, dass die feindliche Willensrichtung entfällt, wenn der Täter zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, sondern dass hierfür das tatsächliche oder (wenn das Opfer zu einer autonomen Entscheidung nicht fähig ist) mutmaßliche Einverständnis des Opfers erforderlich sei. Zu diesem offensichtlichen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung glaubt der Senat sich befugt, weil diese „weitgehend überholt“ sei. Denn in der Entscheidung des Großen Senats zur Rechtsfolgenlösung von 1981 habe der BGH „entschieden, dass bei einer Tötung in heimtückischer Begehungsweise auch beim Vorliegen außergewöhnlicher mildernder Umstände stets ein Schuldpruch wegen Mordes zu erfolgen hat und allenfalls eine Strafraumverschiebung in entsprechender Anwendung von § 49 Absatz 1 StGB in Betracht kommt“. Den Ansatz, dass ein Handeln zum vermeintlich Besten des Opfers die feindliche Willensrichtung und damit die Heimtücke entfallen lässt, habe „der Große Senat für Strafsachen aber ausdrücklich nicht weitergeführt, sondern sich anstelle einer Restriktion auf der Tatbestandsebene für eine Ergänzung auf der Rechtsfolgenrechte entschieden“.⁶⁷

Diese Argumentation ist indes gänzlich unverständlich. Erstens ist der BGH nämlich – wie oben gezeigt wurde – auch nach der Entscheidung des Großen Senats zur Rechtsfolgenlösung beim Erfordernis der feindlichen Willensrichtung geblieben.⁶⁸ Und zweitens stand die Frage, ob der Angeklagte in feindlicher Willensrichtung gehandelt hatte, in dem vom Großen Senat entschiedenen Fall (den man aufgrund der stigmatisierenden Wirkung dieser Bezeichnung wohl besser nicht – oder jedenfalls nicht mehr – „Türkenfall“ nennen sollte) überhaupt nicht zur Debatte, weil dies völlig unzweifelhaft der Fall war (der Angeklagte hatte seinen Onkel getötet, weil dieser die Ehefrau des Angeklagten vergewaltigt und diesen selbst mit dem Tod bedroht hatte⁶⁹). Vielmehr ging der Große Senat dort selbstverständlich davon aus, dass der heimtückische Mord ein Handeln in feindlicher Willensrichtung erfordert.⁷⁰ Dementsprechend führte er aus, dass er Beweggründe des Täters über die feindliche Willens-

richtung hinaus sehr wohl berücksichtigen wolle, nur nicht auf der Tatbestands-, sondern auf der Rechtsfolgenrechte. Wörtlich: „Der Große Senat führt diesen Ansatz, wenn auch nicht auf der Tatbestandsseite, fort.“⁷¹ Darin kann jedoch gerade keine Abkehr von der eingangs dargestellten Linie der Rechtsprechung erblickt werden; vielmehr wollte der Große Senat lediglich keine weiteren Restriktionen auf Tatbestandsseite zulassen.⁷² Weil er also von der bisherigen Rechtsprechung des BGH abweicht, wäre der 5. Strafsenat gem. § 132 Abs. 2 GVG verpflichtet gewesen, die Frage dem Großen Senat für Strafsachen (der allein in diesem Fall gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist) vorzulegen. Der Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Angeklagten in seinem gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter.⁷³

VI. Fazit

In aller Kürze lässt sich festhalten, dass die Untersuchung die eingangs aufgestellten Thesen bestätigt. Das Mordmerkmal „heimtückisch“ setzt begrifflich voraus, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung gegenüber dem Opfer handelt; nicht ausreichend ist hingegen (entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis), dass der Täter rechtsgutfeindlich handelt. Das entspricht der bis dato ständigen Rechtsprechung. Glaubt der Täter, zum Besten des Opfers zu handeln, fehlt es an der feindlichen Willensrichtung, und eine Tötung unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ist dann nicht heimtückisch. Aus welchen Gründen der Täter glaubt, zum Besten des Opfers zu handeln, ist dagegen für die Frage des Handelns in feindlicher Willensrichtung irrelevant. Ob er eine nachvollziehbare Motivation angibt, kann – entgegen der bislang ständigen Rechtsprechung, die schon das Nichtvorliegen der feindlichen Willensrichtung an eine „nachvollziehbare“ Motivation des Täters knüpft – vielmehr ausschließlich auf der Ebene der Beweiswürdigung (dort jedoch sehr wohl), d.h. für die Frage relevant sein, ob man dem Täter glaubt, aus seiner Sicht zum Besten des Opfers gehandelt zu haben. Der anderslautende Ansatz des 5. Strafsenats, die feindliche Willensrichtung nur zu verneinen, wenn der Täter mit der (mutmaßlichen) Zustimmung des Opfers handelt, und im Übrigen unter unklaren Voraussetzungen die Strafe zu mildern, überzeugt nicht und bezweckt allein, den Gerichten „einzelfallgerechte“ Entscheidungen zu ermöglichen, wofür der 5. Strafsenat die Rechtssicherheit zu opfern bereit ist. Das ist abzulehnen.

⁶⁶ Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525; ähnlich Wachter, NStZ 2019, 722; Jüger, JA 2019, 791 (793).

⁶⁷ BGH NStZ 2019, 719 (720 f.).

⁶⁸ Vgl. BGH StV 1989, 390; BGH NStZ 1995, 230 (231); BGH NStZ-RR 2000, 327. So auch Theile, ZJS 2019, 525 (526).

⁶⁹ Zum Sachverhalt BGHSt 30, 105 (106 f.).

⁷⁰ BGHSt 30, 105 (116): „Wer einen anderen (in feindseliger Willensrichtung – BGHSt 9, 385, 390) heimtückisch tötet, verübt, weil er sein Opfer ‚hinterrücks überfällt‘ (BGHSt 11, 139, 144) auf Grund seines Vorgehens einen Mord.“

⁷¹ BGHSt 30, 105 (119).

⁷² Hierzu Mitsch, NJW 2019, 2416; Theile, ZJS 2019, 525 (526).

⁷³ Näher zur Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter durch Nichtvorlage an den Großen Senat für Strafsachen siehe Stam, HRRS 2011, 79 f.