

# Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal

## Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Maren Beck, Münster\*

### I. Einführung

„Das typische Unrecht des Totschlags wird nicht durch den edlen Ritter realisiert, der nach Ansage der Fehde dem Gegner Zeit gewährt, sich entsprechend zu rüsten. [...] Damit ist es aber noch die typische, dem Totschläger eigene Gefahr, daß er eine Handlungssituation sucht, die ihm die größte Erfolgchance bietet.“<sup>1</sup> Diese berechtigte Kritik am Mordmerkmal der Heimtücke übte *Otto* bereits im Jahre 1994. Doch bietet die Veröffentlichung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas am 20.5.2014 zur Ausarbeitung von Reformvorschlägen der Tötungsdelikte eingesetzte Expertenkommission<sup>2</sup> erneut Anlass, dieses Mordmerkmal genauer zu betrachten. Schwerpunktartig soll dabei seiner historischen Wurzel nachgegangen und überprüft werden, inwieweit eine historische Auslegung bei der Reform des Mordparagrafen für die heutige Auslegung noch Erkenntnisse bietet.

### II. Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission

Die Expertenkommission erhielt 2014 den Auftrag, begründete Empfehlungen für eine Reform der Tötungsdelikte auszuarbeiten.<sup>3</sup> Die Arbeit der Gruppe soll nun – so Maas – als Grundlage für eine wissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion zur Neugestaltung der §§ 211 ff. StGB dienen.<sup>4</sup> Ziel der Kommission war also keineswegs die abschließende Ausarbeitung eines Reformvorschlags. Die Kommission hat sich neben grundlegenden Fragen zur Terminologie, der lebenslangen Freiheitsstrafe und dem Verhältnis von Mord und Totschlag selbstredend auch mit den einzelnen Mordmerkmalen der *lex lata* beschäftigt, um deren Tauglichkeit für die Neufassung der Tötungsdelikte auf den Prüfstand zu stellen. Im Folgenden sollen die Referate, die sich überwiegend mit der Heimtücke beschäftigen, kurz geschildert und anschließend – vor allem unter dem Blickwinkel einer historischen Auslegung – einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

*Schneider* hält das Mordmerkmal der Heimtücke aus rechtspolitischen Gründen für unverzichtbar.<sup>5</sup> Eine Tötung, die von vornherein Verteidigungsaktivitäten des Opfers ausschaltete, kennzeichne sich durch eine besonders gemeingefährliche Begehungsweise, weshalb es sachgerecht sei, eine solche Tötung als Mord zu qualifizieren.<sup>6</sup> Die Kritik, die Heimtücke benachteilige den Schwachen, der wegen seiner körperlichen Unterlegenheit zum Mittel der List greifen müsse, geht nach *Schneider* fehl.<sup>7</sup> Denn in der Konsequenz bedeute dies, jeder müsse das Recht haben, einen Menschen zu töten, ohne dabei „Mörder“ zu sein. Das Mordmerkmal müsse demnach beibehalten, allerdings in seinem Randbereich einer restriktiven Auslegung unterzogen werden.<sup>8</sup> So müsse insbesondere nicht jede überraschend von vorn durchgeführte Tötung dem Mordmerkmal der Heimtücke zugeordnet werden.<sup>9</sup> Allerdings müssten die Tötung eines überraschten Opfers von hinten, eines Schlafenden und die Tötung mittels Giftes – da diese sich nach dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung als höchststrafwürdig erwiesen hätten – als Mord eingestuft werden.<sup>10</sup> In diesen Konstellationen unterlaufe der Täter die bei einer offenen Konfrontation zu erwartenden Abwehrreaktionen des Opfers und mache sich diese Selbstschutzdefizite für seine Tat zu Eigen, was die Tat besonders gefährlich mache.<sup>11</sup> Die genannten Fälle könnten in der Neufassung des Mordtatbestandes enumerativ benannt werden.<sup>12</sup> Ferner entspreche es der Systematik des Gesetzes, ein listiges Vorgehen strafscharfend zu berücksichtigen, was an § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB deutlich werde.<sup>13</sup> Ein solches Vorgehen aus dem Kreis der Mordtaten auszuschließen, ginge an den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen kategorial vorbei.<sup>14</sup>

*Deckers* übt zahlreiche Kritik an der widersprüchlichen Rechtsprechung zur Arg- und Wehrlosigkeit einerseits und zum Ausnutzungsbewusstsein andererseits.<sup>15</sup> Allein aus diesem Grund sei das Mordmerkmal der Heimtücke äußerst problematisch. Ferner finde ein Großteil der Tötungen im sozialen Nahraum statt; die Taten würden demnach in aller Regel in Konflikten und Krisenlagen entstehen.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber habe diesem Geschehen mit der Heimtücke, indem

---

\* Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

<sup>1</sup> *Otto*, Jura 1994, 141 (147).

<sup>2</sup> Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, abrufbar unter:

[http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht\\_Experten\\_Toetungsdelikte.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.html) (26.10.2015).

<sup>3</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 12.

<sup>4</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 12.

<sup>5</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40; ebenso *Rieker-Müller und Reinhard*, vgl. S. 143.

<sup>6</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 87.

<sup>7</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 878.

<sup>8</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40.

<sup>9</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 88.

<sup>10</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 88, 878 f.

<sup>11</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 864, 873.

<sup>12</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 88.

<sup>13</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 877.

<sup>14</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 879.

<sup>15</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 443 ff.

<sup>16</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40 f., 450.

ausschließlich auf die Begehungsweise der Tat abgestellt wird, einen Fremdkörper übergestülpt, welcher der Dramatik der meisten Fälle nicht gerecht werde. *Deckers* bezeichnet die Heimtücke als ein Korsett, auf welches de lege ferenda zu verzichten sei.<sup>17</sup>

*Ignor* hält die schwerpunktmäßig opferorientierte Auslegung der Heimtücke für problematisch.<sup>18</sup> Zum einen habe dies – da die Gerichte auch auf die Gesinnung (feindliche Willensrichtung, Ausnutzungsbewusstsein) oder die Handlungsweise (besondere Tücke bei Hinterhalts- und Erpresserfällen) abstellten und damit zumindest auch täterorientierte Kriterien heranzögen – eine widersprüchliche Rechtsprechung zur Folge.<sup>19</sup> Zum anderen könne die starke Opferbezogenheit auf einen unterschiedlichen Lebensschutz hinauslaufen, da nicht zum Argwohn fähige Personengruppen ohne hinreichenden Grund für diese Differenzierung nur dem Schutz des § 212 StGB unterfielen und von vornherein keine tauglichen Mordopfer darstellen könnten.<sup>20</sup> Nach *Ignor* drohen für den Fall der Streichung der Heimtücke zwar nicht ohne weiteres Strafbarkeitslücken, da in zahlreichen Fallkonstellationen weitere Mordmerkmale vorlägen.<sup>21</sup> Eine mittels Hinterlist erfolgte Tötung, beispielsweise der Meuchelmord, sei allerdings nicht bereits durch andere Mordmerkmale abgedeckt, weise aber „höchststrafwürdiges“ Unrecht auf.<sup>22</sup> Hieran möchte *Ignor* in einer täterorientierten Betrachtungsweise ansetzen und das erhöhte Handlungsrecht der Hinterlist akzentuieren.<sup>23</sup> Daher sei es angebracht, die Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu ersetzen.<sup>24</sup> Töte der Täter – um dem Opfer die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren – sein Opfer unter planmäßiger Verbergung seiner Tötungsabsicht, verletze er in besonderem Maße das Sicherheitsvertrauen des Opfers.<sup>25</sup> Dagegen würden künftig sowohl der plötzliche Angriff von hinten als auch das bloße Ausnutzen eines Überraschungseffekts nicht länger als Mord qualifiziert.<sup>26</sup> In der Abstimmung der Experten fand diese Auffassung in ähnlichem Gewand – einem „hinterhältigen Angriff“ – durchaus eine Mehrheit.<sup>27</sup>

### III. Historische Auslegung des Heimtückemordes

Diese Referate zeigen anschaulich die lebhafte und sehr zwiespältige Diskussion auf, welche den Heimtückemord und seine Existenzberechtigung dem Grunde nach seit seiner Einführung begleiten. Seit jeher definiert der BGH die heimtückische Tötung im Kern<sup>28</sup> als das bewusste Ausnutzen der

auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers.<sup>29</sup> Die unrechtershöhende Wirkung der anderen beiden objektiven Mordmerkmale – die grausame Tötung und die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln – leuchtet recht schnell ein, geht doch die Tötungshandlung entweder in Intensität oder Quantität über das zur Tötung erforderliche Maß hinaus. Wieso aber soll eine Tötung zum Mord qualifiziert und demnach mit der absoluten Strafe bedroht sein, wenn sich der Täter bei der Tötungshandlung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers bedient? Tötet der Täter sein unbewaffnetes und damit in der Verteidigung äußerst eingeschränktes Opfer in offen feindseliger Haltung mit einer Schusswaffe, liegt lediglich ein Totschlag vor. Auch begeht keinen heimtückischen Mord, wer sein Opfer zunächst ohne Tötungsvorsatz fesselt und sich später doch zur Tötung des – aufgrund der Fesselung – nun vollkommen wehrlosen Opfers entschließt.<sup>30</sup> Tötet der körperlich überlegene Täter sein aufgrund von Alter, Krankheit oder Verletzung konstitutionell wehrloses Opfer, macht er sich ebenfalls nur gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar.<sup>31</sup> Damit das Tötungsvorhaben gelingt, wird sich der Täter – was diese Beispiele anschaulich aufzeigen – in der Regel eines Vorteils bedienen wollen, liegt dieser Vorteil nun in der Verwendung einer Waffe, der Fesselung oder der konstitutionellen Schwäche des Opfers. Um es mit *Ottos* Worten zu sagen: „Damit ist es aber noch die typische, dem Totschläger eigene Gefahr, daß er eine Handlungssituation sucht, die ihm die größte Erfolgchance bietet.“<sup>32</sup> Bei der Suche nach Ursachen für die Wehrlosigkeit des Opfers sind der Fantasie keinerlei Grenzen gesetzt. Wieso also wird die Tö-

<sup>29</sup> BGHSt 8, 216 (219); 19, 321 (322); 23, 119 (120); 32, 382 (383 f.); 39, 353 (368); BGH NStZ 1997, 490 (491); BGH NStZ 2006, 338 (339); BGH NStZ 2009, 30 (31); BGH NStZ 2010, 270 (271); BGH NStZ 2010, 450.

<sup>30</sup> BGHSt 32, 382 (388). Der BGH diskutiert zwar, ob – wie bei einem Schlafenden (vgl. BGHSt 8, 216 [218]; 23, 119 [120]; 32, 382 [386]; BGH NStZ 1997, 490 [491]; BGH NStZ 2006, 338 [339]) – eine Vorverlagerung der Arglosigkeit auf den Zeitpunkt der Fesselung möglich ist. Im Ergebnis verneint der BGH indes die Vergleichbarkeit. Zwar habe sich das Opfer der Wehrlosigkeit durch die Fesselung hingegeben, ähnlich wie sich der Schlafende dem wehrlos machenden Schlaf hingibt. Doch bestehe ein entscheidender Unterschied in der Aufrechterhaltung der Wahrnehmungsfähigkeit. Denn das gefesselte Opfer sei – im Gegensatz zu einem schlafenden Opfer – weiterhin zum Argwohn fähig. Ferner sei eine Vorverlagerung, wie sie in den sogenannten Hinterhaltsfällen (vgl. BGH NStZ 1989, 364; BGH NStZ 2008, 273 [275]; BGH NStZ 2010, 450 [451]) von der Rechtsprechung vorgenommen wird, nicht möglich, weil die Angeklagte weder listig vorgegangen sei, noch das Opfer in eine Falle gelockt habe, vgl. BGHSt 32, 382 (387).

<sup>31</sup> Diesbezüglich besonders kritisch *Mitsch*, JuS 2013, 783 (787). *Mitsch* spricht sich dafür aus, die Tötung bestimmter Opfergruppen – wie beispielsweise bei Kindern oder Kranken – als Mord zu qualifizieren.

<sup>32</sup> *Otto*, Jura 1994, 141 (147); zustimmend *Kargl*, Jura 2004, 189 (193).

<sup>17</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 144.

<sup>18</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 516.

<sup>19</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 516.

<sup>20</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 520.

<sup>21</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 521 f.

<sup>22</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

<sup>23</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

<sup>24</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40.

<sup>25</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

<sup>26</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 523.

<sup>27</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 44.

<sup>28</sup> Zu Restriktionsversuchen vgl. Fn. 78 ff.

tung als Mord qualifiziert, wenn der Täter das Opfer tötet, welches aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos ist? Ist die Tötung eines unbewaffneten oder gefesselten Opfers nicht gleichermaßen „gefährlich“? Wieso räumt der Gesetzgeber unter den zahlreichen Gründen für die Wehrlosigkeit des Opfers ausgerechnet der durch Arglosigkeit geschwächten Verteidigungsposition eine derartige Sonderstellung ein? Die Antworten auf diese Fragen lassen sich letztlich nur mittels einer historischen Auslegung finden.

Nachdem Mord und Totschlag – aufgrund der prägenden Vorstellung eines rational kalkulierenden Täters i.S. *Feuerbachs* – im preußischen StGB von 1851<sup>33</sup> und im Reichs-StGB von 1871<sup>34</sup> über das Kriterium der Überlegung abgegrenzt wurden,<sup>35</sup> führte der Gesetzgeber 1941 den Mordparagrafen in seiner uns heute bekannten Fassung ein<sup>36</sup>. Die Vorschrift ist seitdem – mit Ausnahme der Abschaffung der Todesstrafe und des minder schweren Falls – unverändert geblieben. In der aktuellen Diskussion über die Notwendigkeit einer Reform wird nun teilweise buchstäblich die „Nazikeule“<sup>37</sup> geschwungen und vertreten, der Mordparagraf müsse allein deshalb reformiert werden, weil die Vorschrift aus dem Jahre 1941 stamme.<sup>38</sup> Schon der Oberste Gerichtshof für die britische Zone und ihm folgend der BGH nahmen hingegen an, der historische Gesetzgeber habe sich an einem Schweizer Gesetzesentwurf von 1894 orientiert, die Vorschrift sei demnach nicht nationalsozialistisch gefärbt und

müsse daher auch nicht geändert werden.<sup>39</sup> In der Literatur wird hierzu kritisch angemerkt, diese Rechtsprechung stelle einen „Persilschein“<sup>40</sup> aus. Auch wenn ein Gesetz nicht zwingend ein Schlechtes sein muss, nur weil es 1941 erlassen wurde, muss die Jahreszahl Gesetzgeber und Rechtsprechung zu einer kritischen historischen Prüfung bewegen.

1933 erhielt der Reichsjustizminister *Gürtner* von Hitler den Auftrag, eine amtliche Kommission zur Erneuerung des Strafrechts zu bilden, die sich auch mit der Neufassung der Tötungsdelikte beschäftigte.<sup>41</sup> Die Entwürfe orientierten sich schnell – zumindest bezüglich der Mordmerkmale – an den Schweizer Entwürfen<sup>42</sup>. Der erste bedeutungsvolle Unterschied war allerdings die Klassifizierung der Täter als „Totschläger“ oder „Mörder“.<sup>43</sup> Der zweite Unterschied lag darin, dass in die ersten Entwürfe nicht die heimtückische, sondern eine hinterlistige Tötung aufgenommen wurde.<sup>44</sup> Letztlich entschied man sich mit folgender Begründung für die Aufnahme der Heimtücke: „Mit dem Wort heimtückisch will der Entwurf mehr bezeichnen als nur hinterlistiges Handeln. Heimtückisch ist nach allgemeinem Sprachgebrauch in aller Regel die Tötung, bei der Falschheit und Verschlagenheit, oft empfunden aus persönlicher Feigheit des Täters, der Tat das

<sup>33</sup> Vgl. § 175 pStGB von 1851.

<sup>34</sup> Vgl. § 211 StGB von 1871.

<sup>35</sup> *Müssig*, Mord und Totschlag, Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, S. 37 ff.; *Thomas*, Die Geschichte des Mordparagrafen, Eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart, 1985, S. 174.

<sup>36</sup> RGBI. I 1941, S. 549. Das Kriterium der Überlegung sei inhaltlich nicht ausreichend bestimmt. Ferner müsse die Überlegung kein Zeichen gesteigerter und ihr Fehlen kein Zeichen geringerer Strafwürdigkeit sein, vgl. *Graf Gleispach*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission, 16.4.1934, S. 3, und *Freisler*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission, 16.4.1934, S. 5, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 2.1, 1988, S. 503, 505; Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936, S. 245, abgedruckt in Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 1.2, 1990, S. 245; *Graf Gleispach*, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1936, S. 372.

<sup>37</sup> *Mitsch*, ZRP 2014, 91 (91).

<sup>38</sup> So möchte die Justizministerin aus Schleswig-Holstein *Anke Spoorendonk* den Begriff „Mörder“ aus § 211 StGB verbannen. Vgl. dazu *Jüttner*, Spiegel Online v. 8.11.2013, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/mord-und-totschlag-spoorendonk-will-ns-paragrafen-reformieren-a-932317.html> (26.10.2015). Kritisch hierzu *Mitsch*, ZRP 2014, 91 (91).

<sup>39</sup> OGHSt 1, 90 (90 f.); BGHSt 9, 385 (387); kritisch *Linka*, Mord und Totschlag (§§ 211-213 StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2008, S. 195: „Die Mord- und Totschlagskonzeption der §§ 211 ff. StGB [...] ist originär mit dem Täterstrafrecht verbunden, und dies ist ihre bis heute fortwirkende Hypothek“.

<sup>40</sup> *Thomas* (Fn. 35), S. 288.

<sup>41</sup> DJ 1936, S. 1699; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, S. 73; zum Arbeitsbereich und den Mitgliedern der Kommission vgl. *Linka* (Fn. 39), S. 159.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu v.a. *Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, Im Auftrag des schweizerischen Bundesrates, S. 38, 147 f. *Stooss* definierte die einzelnen Mordmerkmale allerdings nicht weiter. Er ging davon aus, es sei für den Richter nicht schwer, zwischen Mord und Totschlag zu unterscheiden, denn die Merkmale des Mordes seien aus den Umständen des Falles leicht zu erkennen.

<sup>43</sup> Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246. Im *Stooss'schen* Entwurf (Fn. 42), S. 34, heißt es „Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoff oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft“. Der Entwurf sprach also neutral vom „Thäter“ und nahm keine Klassifizierung als „Totschläger“ oder „Mörder“ vor.

<sup>44</sup> Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs der amtlichen Strafrechtskommission, zweite Lesung 1935/1936, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission – nach dem Stand vom 1.2.1936, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 1.1, 1988, S. 266.

Gepräge geben“<sup>45</sup>. Selbst in der Kommission wurde diese Definition wegen ihrer Unschärfe kritisiert. *Gürtner* beendete die Diskussion letztlich mit der Äußerung: „Richtungsgebend für eine Verurteilung aus § 414<sup>46</sup> wird doch stets sein, ob jemand hingerichtet werden soll“.<sup>47</sup> Sowohl die Gesetzesbegründung als auch die Äußerung *Gürtners* und die Klassifizierung der Täter als „Totschläger“ oder „Mörder“ legen anschaulich dar, dass das bisher angewandte Tatstrafrecht – also ein Strafrecht, welches an tatbestandlich umschriebene Handlungen anknüpft – zu einem Täterstrafrecht umgebildet werden sollte. Hierbei richtet sich der strafrechtliche Vorwurf an die Persönlichkeit des Täters. Im Zuge dieser Umbildung wurden zahlreiche Regelungen auf normative Tätertypen gestützt.<sup>48</sup> Die Prüfung des Verbrechens erfolgte demnach keinesfalls abschließend aufgrund der Verwirklichung des Tatbestandes, sondern durch die Zuordnung des Beschuldigten zu einem Tätertypen. Durch die Aufnahme solcher Typen sollte verdeutlicht werden, dass der Richter die Tat vor allem nach der Gesamtpersönlichkeit des Täters beurteilen und den Täter nach den vermeintlich im Volk empfundenen Rechtsvorstellungen als „Mörder stempeln“ sollte.<sup>49</sup> Mit den vom Volk empfundenen Rechtsvorstellungen waren selbstverständlich die nationalsozialistischen Vorstellungen gemeint.

Die heimtückische Tötung war demnach Sinnbild von Falschheit und Feigheit, also von subjektiven Eigenschaften des Täters. Die Heimtücke sollte folglich primär einer Charakterzuschreibung dienen und nicht in objektiver Hinsicht die besondere Gefährlichkeit der Tat beschreiben.<sup>50</sup> Indem

die Rechtsprechung heute auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers – also auf die objektive Opfersituation<sup>51</sup> – und nicht auf subjektive Eigenschaften des Täters abstellt, erfolgt die Zuordnung zum Mord diametral zum Willen des historischen Gesetzgebers. Das Abstellen auf bestimmte Täterbegriffe sollte demgegenüber eine „bewegliche Technik“ bei der Verurteilung von Mord oder Totschlag ermöglichen.<sup>52</sup> Je nachdem, ob der Täter wegen seiner Gesamtpersönlichkeit dem „Mörder“ oder dem „Totschläger“ zugeordnet wurde, konnte eine entsprechende Verurteilung trotz des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Mordmerkmals ausfallen. Die Mordmerkmale waren demnach weder abschließend noch zwingend, sondern dienten vor allem der Konkretisierung des Mördertypen.<sup>53</sup> Der „Mörder“ war durch subjektive Eigenschaften gekennzeichnet, die sich von dem „ehrhaften“<sup>54</sup>, in der Verbindung von „Blut und Ehre“<sup>55</sup> liegenden, „mannhaften“<sup>56</sup>, „heldenhaften“ und „wehrhaften“<sup>57</sup> Geist als Ideal weit entfernten. Als ein solches Ideal der Konfliktbewältigung wurde der regelgeleitete und von Waffengleichheit geprägte Zweikampf angesehen.<sup>58</sup> Schon im Entwurf des pStGB von 1829 steht, es bestehe „ein wesentlicher Unterschied zwischen der rechtlichen und moralischen Strafbarkeit desjenigen [...], der seinen Gegner im verabredeten [...] Zweikampfe verwundet oder getötet hat, und zwischen demjenigen, der seinen Feind, ohne dessen Vorbewußt und Willen, und ohne sich selbst dabei irgend einer eigenen Gefahr bloß zu stellen, vielleicht plötzlich, und mit Hinterlist ange-

<sup>45</sup> Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246; Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs der amtlichen Strafrechtskommission (Fn. 44), zweite Lesung 1935/1936, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission – nach dem Stand vom 1.7.1936.

<sup>46</sup> Also wegen Mordes.

<sup>47</sup> *Gürtner*, in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, NS-Zeit (1933-1939), Bd. 2, Teil 4, 1994, S. 491.

<sup>48</sup> Diese Lehre geht auf *Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940, und *Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932, zurück. Bestes Beispiel für die Ausrichtung des Strafrechts im Nationalsozialismus an bestimmten Tätertypen ist das Gesetz für gefährliche Gewohnheitsverbrecher, welches härtere Strafen zuließ, vgl. RGBI. I 1941, S. 549; umfassend *Kelker* (Fn. 41), S. 78 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>49</sup> *Freisler*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission (Fn. 36), 16.4.1934, S. 6; Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246. Unklar und in der Literatur streitig ist die Frage, ob die Tätertypenlehre und eine Zuordnung des Täters zu den Täterbegriffen „Totschläger“ und „Mörder“ entsprechend der Gesamtpersönlichkeit wirklich inhaltsgleich sind. Diese Frage ist letztlich nicht ausschlaggebend, da § 211 StGB jedenfalls nicht abschließend konzipiert war, vgl. umfassend *Morris*, Die normative Restriktion des Heimtückebegriffs auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen, 2010, S. 61 f., 69 ff.

<sup>50</sup> *Linka* (Fn. 39), S. 181; *Morris* (Fn. 49), S. 89.

<sup>51</sup> BGHSt 11, 139 (144); *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 144, spricht von einer viktimologischen Komponente; kritisch *Rengier*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 477; ablehnend *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 48.

<sup>52</sup> *Graf Gleispach* (Fn. 36 – Das kommende deutsche Strafrecht), S. 373 f. Der Richter sei nicht gezwungen, „den Täter als Mörder oder als Totschläger zu erklären, wenn auch ein Umstand vorliegt, der als regelmäßiges Kennzeichen des einen oder anderen Typus aufgeführt ist. Denn andere Umstände können ausnahmsweise das Gesamtbild wesentlich verändern. [...] Die bewegliche Technik, die vorgeschlagen ist, ermöglicht es, auf alle Hilfstatbestände, sogen. geschärfte oder privilegierte Fälle von Tötungsdelikten, zu verzichten.“ Vgl. dazu *Geilen*, JR 1980, 309 (311); *Morris* (Fn. 49), S. 67 ff.

<sup>53</sup> *Graf Gleispach* (Fn. 36 – Das kommende deutsche Strafrecht), S. 373 f.; *Frommel*, JZ 1980, 559 (560); *Jescheck*, JZ 1957, 385 (387); *Linka* (Fn. 39), S. 177, 183 ff., 189.

<sup>54</sup> Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933; Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935.

<sup>55</sup> *Freisler*, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende Deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Zweikampf, 1936, S. 548.

<sup>56</sup> Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933.

<sup>57</sup> *Freisler* (Fn. 55), S. 552.

<sup>58</sup> Besonders umfassend hierzu *Thomas* (Fn. 35), S. 240 f.

griffen [...] hat“.<sup>59</sup> Während der regelgeleitete Zweikampf traditionell zu einer Strafmilderung führte,<sup>60</sup> wollte *Freisler* ihn als ideale Konkretisierung des Völkischen Rechts sogar völlig straffrei stellen.<sup>61</sup> Nach der Schieds- und Ehrenordnung der SS hatte jeder „SS-Mann das Recht und die Pflicht seine Ehre im Zweikampf mit der Waffe zu verteidigen“<sup>62</sup> und in der Ehrenordnung der NSDAP hieß es „Die Ehre ist das höchste Gut. Sie zu bewahren und zu beschützen muss jedem Deutschen Wesentlicher sein als das Leben [...]. Deutsche Ehre ist Soldatenehre und deshalb gebunden an Vaterlandsliebe, Treue, Mannhaftigkeit, Kameradschaft und Ehrlichkeit“<sup>63</sup>. *Freisler* nahm an, ein ehrenhaftes Verhalten könne niemals Schuld beinhalten und nur auf Schuld könne Strafe und Sühne folgen.<sup>64</sup> Bei einem Duell stehe gerade nicht die Körperverletzung oder die Tötung des Gegners im Vordergrund, sondern die Gefährdung der eigenen körperlichen Integrität als Einsatz für die Ehre.<sup>65</sup> Der Zweikampf sollte nach der Schieds- und Ehrenordnung der SS, sofern es die Ehre wiederherzustellen galt, selbst mit Waffen eine Pflicht des Mannes darstellen. Das staatliche Gewaltenmonopol stehe dem nicht entgegen, sei es doch keinesfalls das Wesen des Zweikampfes, eine strafende Gerechtigkeit herzustellen.<sup>66</sup> Das Wesen des Duells liege vielmehr in der Verbindung von Blut und Ehre begründet und solle selbst dann nicht strafbar sein, wenn ein tödlicher Ausgang von Anfang an für möglich gehalten wurde.<sup>67</sup> Es handle sich um ein altgermanisches Rechtsinstitut, das in großen Teilen der deutschen Volksgemeinschaft als unter Umständen allein geeignetes Mittel zur Wahrung oder Wiederherstellung der Ehre taue. Das Strafrecht könne nicht unter Strafe stellen, was tief im Volkstum wurzele. Ein solcher Zweikampf sollte zwar aus sittlichen Gründen, nicht aber aus Feigheit des Herausgeforderten abgelehnt werden können.<sup>68</sup> Der Nationalsozialismus stellte demnach den ehrhaften, mannhaften Zweikampf der Feigheit gegenüber. Der Streiter, der heimtückisch vorgeht und die Waffengleichheit durch eine heimtückische Ausführungsart

vermeidet, entfernt sich drastisch von dem Ideal des zweikampfgerechten und waffengleichen Kampfes.<sup>69</sup> Auch wenn es geradezu als „Ironie der Geschichte“<sup>70</sup> erscheint, dass ausgerechnet Hitler am Ende den Zweikampf verbot<sup>71</sup>, wird an der Ehrenordnung der NSDAP, der Schieds- und Ehrenordnung der SS und vor allem an den Ausführungen *Freislers* – dessen tragende Rolle in der Justiz im Dritten Reich kaum in Abrede gestellt werden kann – die besondere Abwertung von Falschheit und Feigheit deutlich. Auch lag Hitlers Beweggrund, den Zweikampf letztlich zu verbieten, unter anderem auch in dem Verlust einiger seiner „besten Leute“ durch das Duell, denn im Krieg wäre für „solche Sachen kein Verständnis und keine Zeit. Der Nation ist damit nicht gedient.“<sup>72</sup>

#### IV. Folgen der Abkehr von der Tätertypenlehre

Doch was bedeutet diese historische Auslegung für uns heute? Wie schon erwähnt, wurde nach dem Krieg von der Rechtsprechung eine Verbindung des Mordparagraphen mit nationalsozialistischem Gedankengut geleugnet.<sup>73</sup> Die Formulierung „Mörder“ und „Totschläger“ sei ein Relikt des Nationalsozialismus ohne materielle Auswirkungen. In der Sache völlig zu Recht kehrte der Gesetzgeber in der Nachkriegszeit überwiegend zu einem Taststrafrecht zurück und auch die Rechtsprechung legte die Mordmerkmale nicht mehr mittels einer Bewertung der Täterpersönlichkeit aus. Erfreulicherweise spricht sich nun auch die vom Bundesjustizminister beauftragte Expertenkommission einhellig dafür aus, die bisherige Fassung des Gesetzes durch eine an die Tathandlung anknüpfende Terminologie zu ersetzen.<sup>74</sup> Doch blieb bei der Abkehr vom Kriebsstrafrecht bislang unberücksichtigt, dass die Tätertypenlehre auch als Korrektiv fungierte und eine wesentliche Einschränkungsfunktion besaß, konnte die Verurteilung wegen Mordes doch trotz heimtückischer Ausführungsart aufgrund der Zuordnung zum Tätertypen „Totschläger“ abgewendet werden.<sup>75</sup> Mit der Ablehnung der Tätertypenlehre wurde demnach zwar ein wesentlicher Schritt der Entnazifizierung gegangen, aber der Mordparagraph zugleich seines einzigen Korrektivs beraubt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Mordtatbestand abschließend und zwingend konzipiert.<sup>76</sup> Für eine Berücksichtigung von Motiven und Beweggründen des Täters oder anderen Wertungen besteht demnach bei Subsumtion unter die objektiven Mordmerkmale praktisch kein Raum. Folgerichtig verbleibt durch die Ablehnung der Tätertypenlehre ein viel zu weit gefasster

<sup>59</sup> *Baumgarten*, Zweikampf, §§ 201-210 a.F. StGB, Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1870 bis zur Aufhebung der Zweikampfbestimmungen, 2002, S. 79 mit Verweis auf Motive zu dem Entwurf von 1829, abgedruckt in: Regge (Hrsg.), Gesetzesrevision, Bd. 1, 1981, S. 730 f.

<sup>60</sup> So die §§ 164 ff pStGB von 1851.

<sup>61</sup> *Freisler* (Fn. 55), S. 547; *Gürtner/Freisler*, Das neue Strafrecht, Grundsätzliche Gedanken zum Geleit, Zweikampf, 2. Aufl. 1936.

<sup>62</sup> Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935.

<sup>63</sup> Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933.

<sup>64</sup> *Freisler* (Fn. 55), S. 547.

<sup>65</sup> *Freisler*, 41. Sitzung der amtlichen Strafrechtskommission vom 13.9.1934, S. 4, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 2.2, 1989, S. 424.

<sup>66</sup> *Freisler* (Fn. 55), S. 548.

<sup>67</sup> *Freisler* (Fn. 55), S. 548, 551, 554; vgl. auch die Diskussion in der 41. Sitzung der amtlichen Strafrechtskommission vom 13.9.1934 (Fn. 65).

<sup>68</sup> *Freisler* (Fn. 65), S. 3.

<sup>69</sup> *Thomas* (Fn. 35), S. 253.

<sup>70</sup> *Baumgarten* (Fn. 59), S. 221.

<sup>71</sup> *Baumgarten* (Fn. 59), S. 218 f.

<sup>72</sup> *Picker*, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, 1976, S. 85 f.; vgl. auch *Baumgarten* (Fn. 59), S. 221.

<sup>73</sup> OGHSt 1, 90 (90 f.); BGHSt 9, 385 (387).

<sup>74</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 16, 21, 27.

<sup>75</sup> Vgl. Fn. 53.

<sup>76</sup> BGHSt 9, 385 (389); kritisch *Morris* (Fn. 49), S. 83. *Morris* legt anschaulich dar, dass die Begründung des BGH, der Mord sei abschließend konzipiert und die Lehre von der Typenkorrektur daher abzulehnen, nicht einer historischen Auslegung entspricht.

Anwendungsbereich des objektiven Mordmerkmals der Heimtücke.<sup>77</sup> Ihn vermögen auch die bezeichnenderweise zahlreichen Restriktionsversuche in Rechtsprechung und Literatur – sei es die Forderung nach einer feindlichen Willensrichtung<sup>78</sup>, oder einem verwerflichen Vertrauensbruch<sup>79</sup>, die positive oder negative Typenkorrektur<sup>80</sup>, Normativierungsversuche der an sich deskriptiv zu bestimmenden Arglosigkeit<sup>81</sup> oder die Rechtsfolgenlösung<sup>82</sup> – ebensowenig einzudämmen wie die enorme und nicht mehr zu überblickende Einzelfallkasuistik. Die Bezeichnung der Heimtücke als „Korsett“<sup>83</sup> – so *Deckers* im Abschlussbericht der Expertenkommission – ist demnach durchaus passend; ein Korsett, welches in einer zu weitreichenden opferorientierten Betrachtungsweise eine hinreichende Berücksichtigung von Beweggründen des Täters abschnürt.

<sup>77</sup> *Morris* (Fn. 49), S. 90 f.

<sup>78</sup> BGHSt 9, 385 (390); 11, 139 (143); 32, 382 (383); BGH NStZ 2006, 338 (338 f.); BGH NStZ 2010, 270 (271); BGH NStZ 2010, 450 (450); kritisch *Küper*, JuS 2000, 740 (746). Nach *Küper* erfasst der BGH hierdurch nur einen Bruchteil schuld mindernd zu berücksichtigender Motivationslagen des Täters. Ablehnend *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 145, weil dieser „Fremdkörper“ im Ergebnis auf die Durchführung einer Typenkorrektur hinauslaufe.

<sup>79</sup> *Hassemer*, JuS 1971, 626 (630); *Jakobs*, JZ 1984, 996; *Meyer*, JR 1979, 441 (485), stellt auf den Missbrauch sozialpositiver Verhaltensmuster, also einer freundlichen Kommunikation ab. Ablehnend BGHSt 7, 218 (221); 28, 210 (211 f.); 30, 105 (116); *Geppert*, Jura 2007, 270 (271 f.); *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 49; *Rengier*, MDR 1980, 1 (4 f.); *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741 (749), da § 211 StGB das Rechtsgut Leben und nicht die Kommunikation schütze.

<sup>80</sup> *Eser*, JR 1981, 177 (183 f.); *Geilen*, JR 1980, 309; *Jeschek*, JZ 1957, 385 (387); *Riess*, NJW 1968, 628 (630 f.); ablehnend BGHSt 30, 105 (115); *Roxin* (Fn. 79), S. 745.

<sup>81</sup> BGHSt 48, 207 = NStZ 2003, 425. In diesem Fall befand sich der Täter in einer Notwehrlage, überschritt aber mit der (heimtückischen) Tötung die Grenzen der erlaubten Notwehrhandlung. Obwohl das Opfer tatsächlich arglos war, hätte es nach dem BGH argwöhnisch sein müssen. Es müsse ein Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht hergestellt werden, weshalb der BGH die Arglosigkeit nicht psychologisch deskriptiv, sondern normativ bestimmte. Zustimmend *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791): „hohe gedankliche Eleganz“; *Otto*, NStZ 2004, 142 (143); *Roxin* (Fn. 79), S. 749. Nach *Roxin* ist die Arglosigkeit grundsätzlich ein deskriptiver Begriff, welcher aber im Randbereich normativer Präzision bedürfe; ablehnend *Küper*, GA 2006, 310 (312); *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 157; *Schneider*, NStZ 425 (431), da eine zunehmende Normativierung der Arglosigkeit eine Viktimodogmatik zur Folge habe, womit der BGH die „Büchse der Pandora“ geöffnet habe.

<sup>82</sup> BGHSt 30, 105 (119).

<sup>83</sup> Vgl. Fn. 18.

## V. Die Gefährlichkeitsrechtsprechung des BGH

Nachdem eine Qualifizierung zum Mord aufgrund subjektiver Eigenschaften des Täters nach dem Krieg abgelehnt wurde, ist der BGH zu einer Gefährlichkeitsrechtsprechung übergegangen.<sup>84</sup> Der Täter überrasche das Opfer bei der heimtückischen Tötung in einer hilflosen Lage und hindere es so daran, sich zu verteidigen, zu fliehen oder Hilfe zu rufen. Wer derart Verteidigungsmöglichkeiten eindämme, könne ein fremdes Leben vereinfacht vernichten, denn im Gegensatz zu einem offen geführten Angriff sehe das Opfer keinen Anlass zu Selbstschutzmaßnahmen, was den Angriff gefährlicher mache.

Diese Gefährlichkeitsrechtsprechung des BGH ist in der Literatur völlig zu Recht auf Kritik gestoßen: Die Verletzung des Rechtsguts Leben ist bzgl. des Erfolgeintritts, im Gegensatz zu z.B. einer Körperverletzung bei einem hinterlistigen Überfall i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, nicht graduierbar.<sup>85</sup> Allein aus diesem Grunde ist die Forderung, die Heimtücke durch das Merkmal eines hinterlistigen Überfalls zu ersetzen, problembehaftet. Ist das Opfer gestorben, hat sich die Gefährlichkeit der Tat im Erfolg – dem Tod des Opfers – verwirklicht. Dieser Erfolgeintritt, also die Realisierung der Gefahr, ist allerdings bereits dem einfachen Totschlag immanent. Auch kann der Tötungshandlung als solcher keine besondere Gefährlichkeit zugesprochen werden. Es besteht keine Unrechtsdifferenz zwischen einer heimtückischen – die Gegenwehr von vornherein ausschließenden – Tötung und einer Tötung trotz erfolgloser Gegenwehr.<sup>86</sup> Denn wäre die Gegenwehr erfolgreich gewesen, spiegelt das nur den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung wider und nicht den Unterschied zwischen Mord und Totschlag.<sup>87</sup> Letztlich würde auf Basis der Gefährlichkeitskonzeption des BGH dem aufgrund von Arglosigkeit wehrlosen Opfer in einer generalisierenden Betrachtungsweise eine erfolgreiche Gegenwehr

<sup>84</sup> BGHSt 2, 60 (61 f.); 11, 139 (143); 23, 119 (121); 30, 105 (116); 39, 353 (368); BGH NStZ-RR 1997, 294 (295); BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ 2006, 338 (339); z.T. zustimmend *Murmann*, HRRS 2014, 442 (444 f.). Der heimlich vorgehende Täter laufe – im Gegensatz zum offen feindseligen Täter – eher Gefahr, sein Tötungsvorhaben aufgrund eigener Gewissensbisse wieder aufzugeben, wodurch eine besondere Gefährlichkeit der heimlichen Begehungsweise begründet werden könne; *Schneider* (Fn. 51), § 211, Rn. 144. Nach *Schneider* liegt die das Tatumrecht steigernde Gefährlichkeit der Tat in einer „besonders großen Erfolgssicherheit durch Effektivierung der Tathandlung“. Dem kann man allerdings – wie *Roxin* (Fn. 79), S. 743 – entgegenhalten, der Täter einer jeden absichtlichen Straftat, also auch einer absichtlichen Tötung, werde diese immer so planen, dass sie gelingt. Wenn dies aber für eine absichtliche Tötung typisch ist, solle dies nicht den schwersten Fall der Tötung begründen.

<sup>85</sup> *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48; *Kelker* (Fn. 41), S. 619; nach *Küper*, JuS 2000, 740 (742), sind Eigenart und Logik der Gefährlichkeitskonzeption bislang kaum deutlich geworden; besonders kritisch *Otto*, Jura 1994, 141 (147).

<sup>86</sup> *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48.

<sup>87</sup> *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48.



zugesichert, „quasi rechtlich garantiert“, obwohl dies bei anderen wehrlosen Opfern nicht erfolgt.<sup>88</sup> Denn tötet der Täter sein unbewaffnetes, gefesselt oder konstitutionell schwächeres Opfer, trifft er es aufgrund des gewählten Tatplans in einer hilflosen Lage an, dämmt damit Verteidigungsmöglichkeiten ein und kann ein fremdes Leben ebenfalls vereinfacht vernichten. Dennoch findet dies bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag grundsätzlich keinerlei Beachtung – außer im Spezialfall der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit. Deshalb vermag das Argument *Schneiders*, die überraschende Tötung des Opfers von hinten, sowie die Tötung Schlafender oder mittels Giftes müsse de lege ferenda weiterhin strafschärfend berücksichtigt werden, weil die Tatbegehung aufgrund der eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers besonders gefährlich sei,<sup>89</sup> nicht zu überzeugen.

Zudem erscheint es insbesondere fraglich, ob die Auslegung des BGH nicht die Grenze zulässiger Auslegung überschritten hat. Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG ist die Grenze einer jeden Auslegung der Wortlaut. Der BGH stellt heute auf die gesteigerte Gefährlichkeit der Tatausführung und die Arg- und Wehrlosigkeit, also auf die objektive Opfersituation ab. Nach ständiger Rechtsprechung muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit weder herbeigeführt noch instrumentalisiert haben.<sup>90</sup> Es reicht aus, wenn er um die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers weiß und sie für sein Tötungsvorhaben ausnutzt. Worin in einem solchen Vorgehen das vom Wortlaut geforderte Tückische liegt, ist nicht ersichtlich.<sup>91</sup> Auch liegt im Umkehrschluss immer dann ein Totschlag vor, wenn der Täter in einer offenen Auseinandersetzung einem argwöhnischen Opfer gegenübertritt.<sup>92</sup> Ist das Opfer dem Täter aller-

dings zufällig rücklings zugewandt, wird das Opfer aufgrund des in aller Regel vorliegenden Vertrauens in das Legalverhalten der Mitmenschen arglos sein.<sup>93</sup> Um in solchen Fällen nicht heimtückisch zu handeln, müsste der Täter das Opfer absurderweise zunächst warnen und es über sein Tötungsvorhaben informieren, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, in bewusster Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit gehandelt zu haben. In dem Nichtbeseitigen der Arglosigkeit liegt im Kern letztlich ein Unterlassungsvorwurf.<sup>94</sup> Tötet der Täter das Opfer ohne diese Aufklärung, wird das Vertrauen des Opfers in das Legalverhalten der Mitmenschen enttäuscht, was aber bei einem Totschlag gleichermaßen erfolgt und demnach die unrechtssteigernde Wirkung nicht zu begründen vermag.<sup>95</sup>

Ferner liegt in der Gefährlichkeitsrechtsprechung eine Umdeutung des historischen Ursprungs. Denn ursprünglich liegt der Grund für das gesteigerte Unrecht in der Abwertung von Feigheit und Falschheit des Täters. Konflikte sollten ehrhaft, mannhaft und auf Basis von Waffengleichheit ausgetragen werden. Dieses Konzept von Waffengleichheit mag in der Konfliktbewältigung von Soldaten – also ähnlich starken Männern – sinnhaft gewesen sein. Das Bild eines wehrhaften zum Duell geforderten Gegners kann allerdings heute auf einen Großteil ziviler Auseinandersetzungen schlichtweg nicht übertragen werden und versagt in jedem Fall schon dann, sobald Täter und Opfer konstitutionell nicht gleich stark sind.<sup>96</sup> Damit beruht die Regelung – wie *Thomas* völlig zu Recht bereits 1985 ausführte – auf einem „längst überholten Konfliktregelungsmechanismus“.<sup>97</sup> Dies ist logische Konsequenz einer historischen Auslegung und keinesfalls – wie es *Schneider* im Abschlussbericht der Expertenkommission vertritt – ein „rhetorischer Kniff“, der von den Besonderheiten des Mordmerkmals ablenke.<sup>98</sup> Folgerichtig muss festgehalten werden, dass nur ein Täter, der im Affekt handelt, sich gegen einen übermächtigen Gegner stellen wird, ohne sich einen Vorteil für die Tatausführung zu Nutze machen zu wollen. In aller Regel aber wird der konstitutionell Schwächere, der sich keiner körperlichen Übermacht bedienen kann, einen anderen Vorteil für seine Tat suchen.<sup>99</sup> Was aber den Regelfall der Tötung darstellt, sollte in den Anwendungsbereich des Totschlags fallen und nicht mit der absoluten Strafe für gesteigertes Unrecht oder besondere Schuld bedroht sein.<sup>100</sup> Außerdem bleibt es fragwürdig, warum nun bei einer typischen Tötung durch einen Schwachen, der sich der Arglosigkeit des Opfers bedient, mehr Unrecht vorliegen

<sup>88</sup> *Küper*, JuS 2000, 740 (742).

<sup>89</sup> Vgl. Fn. 6.

<sup>90</sup> BGHSt 8, 216 (219); 32, 382 (384); BGH NStZ 2006, 338 (339).

<sup>91</sup> Nach *Murmann*, HRRS 2014, 442 (444), und *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 72, kann der nach dem Wortlaut erforderlichen Tücke zumindest nicht nur durch einen Überraschungsangriff auf ein ahnungsloses Opfer genüge getan werden; ein tückisch verschlagenes Vorgehen fordern *Spendel*, JR 1983, 269 (271 ff.); *ders.*, StV 1984, 45 (46); *Köhne*, Jura 2009, 748 (750); *Lackner*, NStZ 1981, 344 (349); ablehnend BGHSt 11, 139 (144 f.); *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 158, da der Begriff der Tücke wertungsoffen und unscharf sei und auf eine Typenkorrektur hinauslaufe.

<sup>92</sup> Die Rechtsprechung erkennt hier allerdings eine Ausnahme an. Das Opfer könne auch bei einem offen feindseligen Angriff arglos sein, wenn es die drohende Gefahr erst im letzten Augenblick erkennt, wodurch jede Möglichkeit zur Gegenwehr vereitelt wird, vgl. BGH NStZ-RR 1997, 168. In diesem Fall rief der Täter unmittelbar vor dem Schuss noch „Hey“, weshalb sich das Opfer umdrehte, vgl. auch BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ-RR 2005, 201 (202). Nach *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, Ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?, 2013, S. 30, hingegen hat in diesen Fällen typischerweise die Versuchsphase bereits begonnen. Die Arglosigkeit

liege demnach zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens vor, weshalb keine Ausnahme von der „Zeitregel“ anzunehmen ist.

<sup>93</sup> *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

<sup>94</sup> *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

<sup>95</sup> *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

<sup>96</sup> *Thomas* (Fn. 35), S. 270.

<sup>97</sup> *Thomas* (Fn. 35), S. 241.

<sup>98</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 877.

<sup>99</sup> *Roxin* (Fn. 79), S. 743; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 125 f.

<sup>100</sup> *Roxin* (Fn. 79), S. 743.

sollte als bei der Tötung durch einen Starken, der sich seiner Übermacht bedient und die Arglosigkeit des Opfers gerade wegen seiner Übermacht schlicht zur Tötung nicht braucht.<sup>101</sup> Der konstitutionell Schwächere wird in einem Großteil der möglichen Fallgestaltungen entweder heimtückisch oder eben gar nicht töten. Die Heimtücke erweist sich damit als „anachronistisches Mordmerkmal“.<sup>102</sup> Nach *Schneider* hingegen bedeute diese Überlegung – wie bereits eingangs dargelegt – konsequent zu Ende gedacht, jeder müsse das Recht haben, einen Menschen zu töten, ohne „Mörder“ zu sein.<sup>103</sup> Die hier vorgetragene Kritik richtet sich jedoch im Kern an den Gesetzgeber, welcher de lege ferenda davon absehen sollte, in einer archaischen Betrachtungsweise den offenen Kampf zweier Männer zu bevorzugen. Dies bedeutet im Umkehrschluss keinesfalls reflexartig, jeder müsse dann das Recht auf Tötung ohne Verwirklichung des Mordtatbestandes haben. Allerdings weist das Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit gegenüber der Tötung eines auf anderen Ursachen beruhenden wehrlosen Opfers schlicht keine erhöhte Gefährlichkeit und keinen gesteigerten Unrechtsgehalt auf, weshalb der enorme Sanktionssprung, der – bislang – mit der Erfüllung des Mordtatbestandes einhergeht, nicht zu rechtfertigen ist.<sup>104</sup> Eine Tatausführungsart aufgrund ihres untugendhaften – von „Falschheit“ und „Feigheit“ dominierten – Gepräges strafscharfend zu berücksichtigen, weist moralisierende Züge auf, für die heute kein Raum mehr bestehen sollte.

### VI. Praktische Auswirkungen des Verzichts auf das Heimtückemordmerkmal

Zuletzt stellt sich noch die Frage, wie es sich praktisch auswirken würde, sollte der Gesetzgeber bei der zu erwartenden Reform der Tötungsdelikte auf das Mordmerkmal der Heimtücke verzichten. Wie bereits eingangs erwähnt, sind nach *Ignor* nicht ohne weiteres Strafbarkeitslücken zu erwarten, da in zahlreichen Fallkonstellationen weitere Mordmerkmale vorliegen.<sup>105</sup> Beispielsweise läge bei der Tötung eines Kindes nach vorangegangenen Misshandlungen und Vernachlässigungen regelmäßig auch das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht beziehungsweise der Grausamkeit vor, während der „Autobahnmörder“ zugleich das Merkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel verwirkliche.<sup>106</sup> Der klassische Auftragsmörder wird wohl in aller Regel durch das Mordmerkmal der Habgier erfasst. Eine Schutzlücke für den Fall der Streichung der Heimtücke ist daher nach *Ignor* primär nur in Fällen zu erwarten, in denen das listige Vorgehen des Täters dominiert und der Täter kein weiteres Mordmerk-

mal verwirklicht.<sup>107</sup> Hieran möchte er in einer täterorientierten Betrachtungsweise ansetzen und die Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ersetzen.<sup>108</sup> Verberge der Täter planmäßig seine wahren Absichten, erschwere er die Abwehr des Opfers und enttäusche das Sicherheitsbewusstsein des Opfers. Diese Auffassung ist aus den bereits genannten Gründen problematisch: Jeder Täter eines Tötungsdelikts enttäuscht das Sicherheitsvertrauen des Opfers. Diese Enttäuschung ist demnach gleichermaßen bei jedem Totschlag gegeben und eignet sich daher keinesfalls als ausschlaggebendes Differenzierungskriterium zwischen Mord und Totschlag. Außerdem wird sich jeder Täter für seine Tat eine Schwäche des Opfers zu Nutze machen wollen. Es kann keinen Unterschied machen, ob sich der Täter bei der Tat einer Waffe, der Fesselung, der konstitutionellen Schwäche des Opfers oder eben einer List bedient. Würde die Heimtücke durch ein irgendwie geartetes listiges Vorgehen<sup>109</sup> ersetzt, würde der Gesetzgeber abermals in einer moralisierenden Betrachtungsweise die Feigheit des Täters strafscharfend berücksichtigen. Macht sich der Gesetzgeber hingegen von einer moralisierenden Betrachtungsweise frei, darf es keinen Unterschied mehr machen, ob der Täter das Opfer beispielsweise mittels einer Waffe oder eben mittels List tötet. In beiden Fallvarianten wird sich das Opfer nicht effektiv verteidigen können. Konnte sich das Opfer jedoch gegen den Angriff zur Wehr setzen, liegt darin – wie bereits dargelegt – der Unterschied zu einem versuchten Tötungsdelikt. Die Täter, denen kein anderes Mordmerkmal zur Last gelegt werden kann, sollten demnach künftig in den Anwendungsbereich des § 212 StGB fallen. Dies erweist sich keineswegs als „Strafbarkeitslücke“, sondern als überfällige Befreiung von einer moralisierenden Betrachtungsweise höchststrafwürdigen Unrechts.

### VII. Fazit

Wie bei jeder Deliktsbegehung ist es auch für den Täter eines Totschlags typisch, dass er eine Begehungsweise wählt, die ihm die größten Erfolgchancen einräumt. Dabei ergibt sich kein Unterschied, ob er ein aufgrund von waffentechnischer Unterlegenheit, Fesselung oder Konstitution oder eben ein aufgrund von Arglosigkeit wehrloses Opfer tötet. Der historische Gesetzgeber hatte der heimtückischen Tötung dennoch eine Sonderstellung eingeräumt, weil Feigheit und Falschheit der Tat das Gepräge gaben. Diese subjektiven Täreigenschaften standen dem nationalsozialistischen Ideal eines heldenhaften und waffengleichen Kampfes entgegen. Die Einordnung der heimtückischen Tötung als Mord erweist sich demnach als nicht mehr zeitgemäß. Derselbe Vorwurf trifft die Forderung, die Heimtücke durch eine irgendwie geartete listige Begehungsweise zu ersetzen. Die von der Rechtspre-

<sup>101</sup> *Jescheck*, JZ 1957, 385 (387), bezeichnet die Heimtücke als Waffe des Schwachen gegen den Stärkeren.

<sup>102</sup> *Thomas* (Fn. 35), S. 241. *Thomas* bezieht sich allerdings keinesfalls nur auf die Heimtücke, sondern auf den Mordtatbestand insgesamt.

<sup>103</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>104</sup> So auch *Müssig* (Fn. 35), S. 301.

<sup>105</sup> Vgl. Fn. 21.

<sup>106</sup> Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

<sup>107</sup> Vgl. Fn. 22.

<sup>108</sup> Vgl. Fn. 24.

<sup>109</sup> Die Expertenkommission diskutierte darüber, ob die Heimtücke durch „Hinterlist“, einen „hinterlistigen Überfall“ oder einen „hinterhältigen Angriff“ ersetzt werden soll. Letzteres fand bei zahlreichen Enthaltungen eine Mehrheit, vgl. Abschlussbericht (Fn. 2), S. 44.



chung vorgenommene Umdeutung, Strafgrund der heimtückischen Tötung sei die besondere Gefährlichkeit der Tatbegehungsweise, ist mit zahlreichen Problemen und Wertungswidersprüchen behaftet. Verschärft wird die Problematik zudem durch die Abschaffung der Tätersortenlehre. Diese war zwar auf der einen Seite Dreh- und Angelpunkt der Entnazifizierung, doch nahm sie dem Mordparagrafen zugleich sein einziges Korrektiv. Ohne eine sinnhafte Restriktion – die bislang nicht gefunden wurde – bleibt ein zu weit reichender und im Hinblick auf die absolute Strafanandrohung verfassungsrechtlich bedenklicher Tatbestand zurück. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bei der ausstehenden Reform der Tötungsdelikte lediglich einzelne kleine Änderungen vornimmt oder den 16. Abschnitt des Strafgesetzbuchs einer Gesamtreform unterwirft, sollte er die heimtückische Tötung nicht länger als Mord qualifizieren.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> So i.E. ebenfalls: Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193 (241 ff.); *Kargl*, Jura 2004 189 (193); *Morris* (Fn. 49), S. 91; *Roxin* (Fn. 79), S. 744; *Grünewald/Merkel/Krüger/Deckers/König*, in: Abschlussbericht (Fn. 2), S. 127, 138 f.