ALBIN ESER

Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen
BVerfGE 45, 187 und BGH-GSSt 1/81

Teil 1 und 2

Einwände, die durch Gewährung des rechtlichen Gehörs gerade ermöglicht werden sollen, kann dieser umständliche Befragungsablauf im Laufe eines Verfahrens mehrfach notwendig werden. Diese Gesichtspunkte führen zu einem verstärkten Aktenumlauf und Mehrarbeit für den Richter, die Geschäftsstelle und den Schreibdienst. Aus diesen Darlegungen läßt sich unschwer erkennen, daß das Beschlußverfahren als Regelverfahren keine geeignete Grundlage für eine optimale Bearbeitung aller Ordnungswidrigkeiten bieten dürfte. Von seiner Verwirklichung sollte daher Abstand genommen werden.

2. Die Masse der Ordnungswidrigkeiten liegt im verkehrrechtlichen Bereich. Wiederum etwa 60% der Verkehrsordnungswidrigkeiten rühren – zumindest in Hessen – aus dem ruhenden Verkehr her. In diesen Fällen ist der Sachverhalt meist tatsächlich und rechtlich einfach gelagert. Das gleiche dürfte für alle Fälle gelten, in denen die Verkehrsordnungswidrigkeit mittels technischer Geräte ermittelt worden ist. Die Klärung der Frage, wer in diesen Fällen zu dem Zeitpunkt der Tat als Fahrer des Fahrzeugs anzusehen ist (Kennzeichenanzeigen), bedarf nur ausnahmsweise einer mündlichen Verhandlung und wird in der Regel im schriftlichen Verfahren geklärt werden können. Eine gesetzliche Regelung, welche die Anordnung des schriftlichen Beschlußverfahrens oder der mündlichen Verhandlung alternativ in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts stellen würde, käme damit sowohl praktischen Bedürfnissen als auch dem verfassungsrechtlichen Gebot des Art. 103 I GG entgegen, in schwierig gelagerten Fällen aufgrund einer mündlichen Verhandlung entscheiden zu müssen.

3. Es könnte aber auch eine Differenzierung der Fälle nach der Art und Höhe der Beschwer für den Betroffenen vorgenommen werden. Dabei wäre es denkbar, entweder für alle Verkehrsordnungswidrigkeiten überhaupt, oder für alle Verkehrsordnungswidrigkeiten, bei denen nach dem erlassenen Bußgeldbescheid die Eintragungsgrenze für die Verkehrszentralkartei nicht erreicht ist, oder für alle die Fälle das schriftliche Verfahren gesetzlich anzuordnen, in denen nach Prüfung des Sachverhalts durch den Richter mit einem Freispruch oder einer Einstellung zu rechnen ist. Für alle Fälle dieser Art müßte jedoch auch die bereits genannte Einschränkung nach Art. 103 I GG gemacht werden, wonach in tatsächlich oder rechtlich schwierigen Fällen dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nur durch eine mündliche Verhandlung Genüge getan werden kann. Unter diesem Blickwinkel ist die uneingeschränkte Anordnung des schriftlichen Verfahrens nur in den Fällen bedenkenfrei, in denen die Vorprüfung des Sachverhalts den Freispruch oder die Einstellung des Verfahrens nahelegt. Da dies im Hinblick darauf, daß die Verwaltungsbehörde nach dem Einspruch nochmals eine Prüfung ihres erlassenen Bußgeldbescheides vornehmen sollte, nur für eine geringe Anzahl von Fällen zutreffen kann, bleibt für die Mehrzahl der Verkehrsordnungswidrigkeiten die Pflicht des Gerichtes bestehen, nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob ein Fall, welcher eine mündliche Verhandlung i. S. des Art. 103 I GG notwendig macht, gegeben ist oder nicht.

III. Ergebnis

Unter den genannten Umständen erscheint eine gesetzliche Regelung, welche die Anwendung des schriftlichen Beschlußverfahrens in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichtes legt, als eine verfassungsrechtlich bedenkenfreie und aus Zweckmäßigkeitssichtspunkten optimale Lösung. Dies um so mehr, wenn das Rechtsbeschwerdeverfahren – wie beabsichtigt – in Zukunft auf alle Fälle ausgedehnt wird, in denen dem Betroffenen das rechtliche Gehör versagt worden ist und die Entscheidung auf diesem Verstoß beruht. Auf diese Weise wird die Prüfung, ob das rechtliche Gehör auch im Beschlußverfahren gewahrt worden ist, gewährleistet und die Gefahr ausgeschlossen, daß die Gerichte von dem eingeräumten Ermessen insoweit einen unangemessenen Gebrauch machen.

Die Ausgestaltung des schriftlichen Bußgeldverfahrens braucht nicht von einem Begründungszwang des Einspruchs abhängig gemacht zu werden. Vielmehr wäre es ausreichend, wenn dem Betroffenen nach Eingang des Einspruchs und der Akten bei Gericht eine Frist zur möglichen schriftlichen Äußerung gesetzt würde. Die Chance, die Möglichkeit zur Äußerung wahrzunehmen, sollte dem Betroffenen überlassen bleiben.

Rechtsprechungsübersicht

Professor Dr. Albin Eser, Tübingen*

Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSSSt 1/81

– 1. Teil –**

Diese Rechtsprechungsübersicht beruht auf einer Auswertung von 135 Entscheidungen des BGH, die von Mai 1979 bis Juni 1981 zu den Tötungsdelikten ergangen und von denen – soweit ersichtlich – bislang nur 36 (ganz oder auszugsweise) veröffentlicht sind¹. Da sich der Bericht fast nahtlos an die Rechtsprechungsanalyse in meinem DJT-Gutachten zur Reform der Tötungstatbestände anschließt², ergibt sich aus der Verbindung beider Auswertungen ein Gesamtbild zu der seit BVerfGE 45, 187 (vom 21. 6. 1977) ergangenen BGH-Judikatur.

I. Zur Ausgangslage

Jenes BVerfG-Urteil zur absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord stellt insofern einen Markstein dar, als es eine Phase des Umbruchs in der Mord-Rechtsprechung eingeleitet hat, deren Folgen für die Gesamtstruktur der Tötungsdelikte noch nicht voll abzuschätzen ist. Zwar hat das BVerfG der lebenslangen Freiheitsstrafe prinzipiell die Verfassungsmäßigkeit bescheinigt, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß im Einzelfall der Grundsatz „sinn- und maßvollen Strafens“ gewährleistet ist³. Wie dies zu bewerkstelligen sei: ob durch Einengung einzelner Mordmerkmale oder durch gesamtwürdige Typenkorrektur oder durch sonstige Herstellung von Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und Strafdrohung, diese Frage nach dem einzuschlagenden Weg hat das BVerfG bewußt der Strafrechtsprechung überlassen⁴. Diese aber – weil offenbar unwillig, in den BVerfG-Hinweisen mehr als nur „unverbindliche Anregungen“ zu erblicken⁵ – glaubte sich zunächst auf ein Minimalprogramm punktueller Einengungen von Mordmerkmalen beschränken zu können. Daß dies nicht genügen konnte, wenn nicht nur für den Regel-, sondern für jeden Einzelfall Individualgerechtigkeit gewährleistet sein soll⁶, war vorauszusehen. Nicht aber der Weg, den der zur Entscheidung angerufene GSSSt des BGH⁷ schließlich gehen würde: denn statt – wie sonst meist vorgeschlagen – die erforderliche Lockerung des Absolutheits-Ex-

* Für Hilfe bei Sammlung und Sichtung des Materials bin ich Herrn Günter Heine zu besonderem Dank verpflichtet.

** Teil 2 wird im November-Heft der NSZ abgedruckt.

1) Wobei vor allem seit dem Neuerscheinen der NSZ ein sprunghaftes Ansteigen der Veröffentlichungsquote zu verzeichnen ist. – Nachfolgend wird zu veröffentlichten Entscheidungen nur bei ihrer ersten Zitierung die jeweilige Fundstelle (= Fst) angegeben und im Wiederholungsfalle darauf zurückverwiesen.

2) Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestörung (§§ 211–213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980 (= DJT-Gutachten), insbes. D 39ff. Über den dort bei D 20 Anm. 6 genannten generellen Auswertungszeitraum hinaus wurden auch später zugänglich gewordene BGH-Entscheidungen, soweit es die Drucklegung zuließ, einbezogen. Vgl. ferner die Rechtsprechungsanalyse zur Heimtücke bei Eser, JR 1981, 177ff.

3) BVerfGE 45, 187 [228, 253 ff.] = NJW 1977, 1525 ff.

4) BVerfGE 45, 187 [259 ff.].

5) BGH – 5 StR 664/77 v. 23. 5. 1978 = b. Holtz, in: MDR 1978, 804/5 = GA 1979, 222, BGH – 5 StR 800/78 v. 6. 2. 1979 = GA 1980, 142; konzilianter hingegen bereits BGH – 1 StR 153/79 v. 29. 5. 1979 = GA 1979, 426.

6) Diese schiere Selbstverständlichkeit (vgl. Eser, JR 1981, 180 in u. zu Anm. 43a) hatte es freilich erstaunlich schwer, sich gegenüber einer minimalisierenden Pauschalgerechtigkeit (vgl. etwa Jähnke, LK 10. Aufl. 1980, Vorbem. 38 vor und Rdnr. 50 zu § 211) durchzusetzen. Daher erfreulich die Klarstellung durch GSSSt-BGH (u. Anm. 9), NJW 1981, 1965/6 bei III 2.

7) Und zwar auf Vorlagebeschluß des 4. StS v. 26. 1. 1981, BGH – 4 StR 430/80 = NSZ 1981, 181 = JR 1981, 21 m. Anm. Eser, JR 1981, 177.

klusivitäts-Mechanismus bei Mord⁸ auf der Tatbestandsseite zu suchen, hat der GSSt die Sanktionsseite relativiert, indem er zwar einerseits an der tatbestandlichen Exklusivität der Mordmerkmale festhält, aber andererseits bei Vorliegen außergewöhnlicher schuld mindernder Umstände die Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe durch den Milderungsrahmen des § 49 I Nr. 1 StGB ersetzt⁹.

Mit dieser Entkoppelung des Zwangsmechanismus zwischen Mordtatbestand und lebenslanger Freiheitsstrafe ist zweifellos ein weiterer Markstein in der Entwicklung der Tötungsdelikte gesetzt. Ob er den richtigen Weg weist oder von scheinbar heilem Tatbestandsgelände in einen ungleich umwegsameren Zumesungssumpf führt, kann und soll hier nicht weiter erörtert werden¹⁰. Denn bei diesem Bericht geht es allein darum, ob und inwieweit die dem GSSt-Beschluß vorangegangene Rechtsprechung auch weiterhin von Bedeutung bleibt und daher einer Betrachtung und Beachtung überhaupt noch wert ist. Doch obgleich dies zu verneinen nahezu scheint, ist durch die Entscheidung des GSSt die bisherige Mord-Rechtsprechung keineswegs obsolet geworden. Im Gegenteil: gerade wenn und weil der GSSt an der tatbestandlichen Exklusivität der Mordmerkmale festhält, um stattdessen lediglich über die Relativierung der Sanktion schuldangemessene Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen, kann für ihn auf der Tatbestandsseite alles beim alten bleiben – es sei denn, der BGH würde sich auch der stillschweigend übergangenen Frage stellen, ob eine zwar heimtückisch begangene, aber erheblich schuldgeminderte Tötung eigentlich noch die Stigmatisierung als „Mord“ verdient. Doch um diese Relativierung zu erreichen, wird noch ein weiterer Markstein zu setzen sein, der auch vor Tatbestandskorrekturen nicht haltmacht¹¹.

Für die hier gestellte Aufgabe bedeutet dies, daß nach dem BGH auch weiterhin davon auszugehen ist,
– daß Mord und Totschlag im Verhältnis zweier selbständiger Tatbestände zu einander stehen,
– daß die Mordmerkmale sowohl als exklusiv wie als zwingend zu verstehen sind,
– daß somit jede Form einer positiven oder negativen Typenkorrektur ausgeschlossen ist, und
– daß demzufolge allenfalls tatbestandsimmanente Merkmalsbeschränkungen in Betracht kommen¹².

II. Mordmerkmale (§ 211 StGB)

1. Allgemeine Tendenzen

Dazu ist zunächst bemerkenswert, daß sich die schon bislang beobachtete zahlenmäßige Spitzenstellung der „niedrigen Beweggründe“, der „Heimtücke“ und der „Verdeckungsabsicht“¹³ auch in diesem Berichtszeitraum bestätigt hat, während „Mordlust“ und Tötung „mit gemeingefährlichen Mitteln“ offenbar überhaupt keine und die übrigen Merkmale nur eine geringe Rolle spielten. Soweit Einschränkungen gesucht werden, geschieht dies vornehmlich durch hohe Anforderungen an die innere Tatseite (wie insbesondere bei niedrigen Beweggründen und Heimtücke)¹⁴, während dem bei Verdeckungsabsicht naheliegenden Kriterium der „Überlegung“, das ja auch im Schrifttum teils wieder hochgelobt wird¹⁵, die Maßgeblichkeit ausdrücklich bestritten wird¹⁶. Auch der *Jugendlichkeit* des Täters wird jegliche Bedeutung für die Auslegung der Mordmerkmale abgesprochen^{16a}.

2. Tötung „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“

Dieses Merkmal kann – in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung (BGHSt 19, 105) – auch bei bedingtem Tötungsvorsatz in Betracht kommen¹⁷. Wird es bejaht, so kommt neben diesem „im Gesetz besonders benannten niedrigen Beweggrund“ ein sonstiger niedriger Beweggrund nicht mehr in Betracht¹⁸.

3. Tötung „aus Habgier“

a) Was den erstrebten *Vorteil* betrifft, so wird für Habgier nicht unbedingt das Streben nach einem *beträchtlichem* Gewinn vorausgesetzt; maßgeblich ist vielmehr das Verlangen, irgendeinen dem Opfer gehörenden Vermögensgegenstand zu erlangen. Deshalb sei auch bei einem wirtschaftlich ganz geringwertigen oder gar wertlosen Objekt Habgier nicht auszuschließen¹⁹. Auch das Bestreben, sich von einer Unterhaltspflicht gänzlich zu befreien²⁰ oder jedenfalls deren Herabsetzung zu erreichen²¹, kann genügen.

b) Subjektiv wird Habgier auch nicht durch gleichzeitiges Handeln im *Affekt* ausgeschlossen²². Immerhin ist dabei eine Verschärfung der Anforderung darin zu erblicken, daß – ähnlich wie bereits bei „sonstigen niedrigen Beweggründen“ – jetzt auch bei Habgier eine vor allem bei *Motivbündeln* erforderliche *Gesamtwürdigung* verlangt wird²³: Dabei ist festzustellen, wie das oder die entscheidenden Motive, durch welche der Tötungsentschluß seine wesentliche Kennzeichnung erfahren hat, zu bewerten sind. Danach ist eine Tat ihrem Gesamtbild nach nur dann von Habgier geprägt, wenn die Vorstellung des erstrebten Gewinns den Täter entscheidend mitbeeinflusst hat, was voraussetzt, daß bei der Tatausführung das Vorteilsstreben bewußtseinsdominant war. Das Streben nach Gewinn in „eigensüchtiger, rücksichtsloser Weise“ ist insbesondere dann zu verneinen, wenn der Täter aus *Mitleid* mit dem Opfer tötete^{23a}.

4. Tötung „aus sonstigen niedrigen Beweggründen“

Dabei handelt es sich um das mit Abstand am häufigsten herangezogene, aber offenbar auch am schwersten zu handhabende

8) Näher dazu Eser, DJT-Gutachten D 35 ff., 53 f., 86 ff.

9) BGH-GSSt 1/81 v. 19. 5. 1981 = NStZ 1981, 344 = NJW 1981, 1965 = JZ 1981, 554.

10) Dazu Lackner, NStZ 1981, 348. Immerhin sei aber bemerkt, daß das Vorgehen des BGH jedenfalls nicht grundsätzlich verfehlt ist; denn im Hinblick auf die Wechselwirkung zwischen Tatbestand und Sanktion kann tatrichterlichem Ermessen entweder auf Tatbestands- oder auf Sanktionsseite Raum verschafft werden (vgl. Eser, DJT-Gutachten D 86 ff.). Die Bedenklichkeit des GSSt-Beschlusses liegt daher mehr auf tatbestands-struktureller Ebene: nämlich in der Gefahr einer Verzerrung und undurchschaubaren Überlappung der Tötungstatbestände; denn an die Stelle der bisherigen (unechten) *Dreistufigkeit* von Mord (§ 211), Totschlag (§ 212) und Totschlagsprivilegierung (§ 213) ist nunmehr durch Einfügung eines strafgemilderten Mordes eine Art von *Vierstufigkeit* getreten, innerhalb der man sich fragen muß, welcher sinnvolle Anwendungsbereich dann eigentlich noch für den „Durchschnittsfall“ der Tötung i. S. von § 212 I StGB bleiben soll. Denn selbst wenn die Existenzberechtigung eines solchen „Mitteltatbestandes“ der Tötung kriminalpolitisch durchaus zweifelhaft erscheint (vgl. Eser, DJT-Gutachten D 97 ff.), ist de lege lata nun einmal von dessen Existenz auszugehen: Nachdem aber nunmehr einerseits in all den Fällen, in denen Mordmerkmale durch schuld mindernde Umstände relativiert sind, durch die Milderungsmöglichkeit des § 49 StGB soll Rechnung getragen werden können (und damit der Drang zu Vermeidungsstrategien gegenüber § 211 weitgehend entfällt), und andererseits bei nicht-mordqualifizierten Tötungen ohnehin § 213 StGB naheliegt, droht § 212 I StGB weitgehend leerzulaufen – eine Entwicklung, die weder mit der Grundstruktur der gegenwärtigen Tötungstatbestände vereinbar erscheint noch kriminalpolitisch eine tragfähige Differenzierung erwarten läßt.

11) Und selbst dies wird Stückwert bleiben, solange sich der Gesetzgeber nicht dazu durchzuringen vermag, die entscheidende Tatbestandszäsur zwischen *privilegierter* („Totschlag“) und *nicht-privilegierter* Tötung („Mord“) zu ziehen: näher zu einem solchen *zweistufigen* Grundansatz, wie er auch auf dem 53. DJT 1980 eine ungemein breite Mehrheit gefunden hat (vgl. NJW 1980, 2512 zu Beschl. Nr. II Ziff. 3 Alt. 2 der Strafrechtl. Abt.), vgl. Eser, DJT-Gutachten D 106 ff.

12) Einzelnachweise zu dem somit in den tatbestandlichen Grundpositionen fortdauernden Streitstand bei *Dreher-Tröndle*, StGB, 40. Aufl. 1981, § 211 Rdnr. 1 f.; Eser in *Schönke-Schröder*, 20. Aufl. 1980, Vorbem. 2 ff. zu sowie Rdnr. 6 ff. zu § 211; *Horn* in System. Komm. (SK), 1980 § 211 Rdnr. 2 ff.; *Jähne* LK Vorbem. 37 ff. vor § 211.

13) Vgl. die Merkmalstatistik in Eser, DJT-Gutachten D 40.

14) Vgl. u. II 4 c bzw. 5 b, c.

15) So u. a. von *Jähne*, MDR 1980, 705 ff., *Köhler*, GA 1980, 121, 136, 142 und *Woesner*, NJW 1978, 1027 f.

16) BGH – 1 StR 153/79 v. 29. 5. 1979 (Fst o. Fußn. 5), BGH – 2 StR 426/79 v. 15. 8. 1979.

16a) BGH – 2 StR 426/79 v. 15. 8. 1979 = b. *Holtz*, in: MDR 1980, 105/6. Vgl. aber demgegenüber auch BGH, NJW 1966, 1823/4.

17) BGH – 1 StR 148/78 v. 6. 3. 1979; BGH – 4 StR 116/79 v. 10. 5. 1979.

18) BGH – 4 StR 116/79 v. 10. 5. 1979. Vgl. auch u. II 4 e.

19) BGH – 1 StR 434/80 v. 2. 9. 1980 = BGHSt 29, 317/8 = NJW 1981, 136 = MDR 1980, 1035 = JZ 1980, 818 = JR 1981, 293 m. abl. Anm. *Alwart*.

20) BGH – 1 StR 526/79 v. 13. 11. 1979.

21) BGH – 1 StR 546/79 v. 6. 11. 1979.

22) BGH – 1 StR 434/80 (Fst o. Fußn. 19).

23) BGH – 4 StR 480/80 v. 22. 1. 1981 = NJW 1981, 932 = MDR 1981, 416 ff.

23a) BGH – 4 StR 480/80 (Fst o. Fußn. 23).

Mordmerkmal; denn nirgend sonst sind derart viele Divergenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht zu konstatieren²⁴.

a) Als *Beweggrund* kommen nur solche Vorstellungen in Betracht, die den zur Straftat führenden Willen des Täters entscheidend beeinflussen haben²⁵. Dementsprechend müsse der niedrige Beweggrund der Tat das Gepräge gegeben haben²⁶, weswegen bei einem *Motivbündel* das Haupt- bzw. vorherrschende Motiv auf sittlich tiefster Stufe stehen müsse²⁷. Hinsichtlich der *Niedrigkeit* des Motivs sind zwar *allgemeine* sittliche Wertmaßstäbe anzulegen; dies schließt jedoch nicht aus, die Bindung des Täters an besondere Ehrvorstellungen seines ausländischen Lebens- und Kulturkreises in die Bewertung miteinzubeziehen²⁸.

b) Ob ein Beweggrund als niedrig anzusehen ist, läßt sich grundsätzlich nur aufgrund einer *Gesamtwürdigung* von Tat und Täter beurteilen²⁹. Dabei spielt die *Kraßheit* des Mißverhältnisses zwischen Tatanlaß und gewolltem Tötungserfolg zwar eine wesentliche, aber nicht – und darin dürfte eine gewisse Einengung liegen – die allein entscheidende Rolle³⁰; denn ein krasses Mißverhältnis kann über die Motive und ihre etwaige Verwerflichkeit zwar wertvolle Aufschlüsse geben, stellt aber dennoch nur einen Teilaspekt innerhalb der geforderten Gesamtwürdigung dar³¹.

Dementsprechend sind etwa *Wut* und *Verärgerung* nicht schon per se als niedrig einzustufen, sondern nur dann, wenn sie ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen³². Gleiches gilt für *Haß* und *Rache*³³, so daß selbst bei Tötung aus *rassischen* Gründen Mord ausgeschlossen sein kann, wenn sich der Täter nur unter innerem Widerstreben und erst nach Alkoholisierung durch seine Vorgesetzten zur Tötung von KZ-Insassen entschließt³⁴, oder wenn sich im Falle von *Blutrache* der Täter dazu sittlich zur verpflichtet hält³⁵. Dagegen kann *Wut* als niedrig einzustufen sein, wenn sie der Täter an einem schreienden Kleinkind³⁶ oder an unbeteiligten Passanten ausläßt³⁷. Dies um so mehr, wenn darin die *Lust an körperlicher Mißhandlung* zum Ausdruck kommt³⁸. Auch die Absicht, durch die Tötung ein zwar nicht für strafbar, wohl aber für verwerflich gehaltenes Verhalten zu *verdecken*³⁹, kann ebenso ein niedriger Beweggrund sein, wie das erkennbar nur kurzfristige Abschütteln eines rechtmäßigen Verfolgers⁴⁰. Bei Tötung mit *sexuellem* Einschlag bestätigt sich die schon bisher beobachtete *Ambivalenz*⁴¹: Einerseits wird Niedrigkeit des Beweggrundes bejaht, wenn der Ehepartner als störendes Lebenshindernis beseitigt werden soll⁴² oder wegen Persönlichkeitsverfall als Belastung empfunden wird⁴³, wenn getötet wird, weil die sexuelle Annäherung mißlingt⁴⁴ oder der Zeuge eines ehebrecherischen Verhältnisses ausgeschaltet wird⁴⁵, wenn der eifersüchtige Täter selbst zum Bruch der Beziehung beigetragen hat⁴⁶ oder wenn eine Mutter ihr Kind verhungern läßt, um sich mit Männern herumtreiben zu können⁴⁷. Andererseits wird die Niedrigkeit der Motivation durchwegs dort verneint, wo die Tötung eines Ehe- oder Sexualpartners aus *Verzweiflung*⁴⁸, tiefgehender *Enttäuschung*⁴⁹ oder in Ausbruch eines langschwelenden *Konflikts*⁵⁰ oder *Agressionsstaus*⁵¹ geschieht. Auch sonst kann dieses Mordmerkmal bei situationsbedingter *Kurzschlußhandlung*⁵² oder bei (vermeintlicher) *Provokation*⁵³ entfallen. Gleiches gilt für das Mitspielen von *altruistischen* Motiven⁵⁴. Wie sich aus alle dem ergibt, ist somit grundsätzlich auch die *seelische Verfassung* des Täters in die Gesamtwürdigung einzubeziehen⁵⁵.

c) Damit ist bereits die *innere Taiseite* angesprochen, hinsichtlich der in der früheren Rechtsprechung nicht selten vorsatz- und schuldfähigkeitsrelevante Aspekte durcheinandergingen⁵⁶. Demgegenüber wird neuerdings verstärkt darauf hingewiesen, daß über die allgemeine Unrechtseinsichts- und Steuerungsfähigkeit i. S. von §§ 20, 21 StGB hinaus der Täter sich nicht nur der Umstände bewußt sein muß, die den Handlungsantrieb zu einem besonders verwerflichen machen, sondern daß er auch in der Lage sein muß, diese gefühlsmäßigen Regungen gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern⁵⁷.

Soweit es um *Sachverhaltskenntnis* und *Motivationsbewußtsein* geht, muß der Täter um die Umstände wissen, von denen sein Handeln maßgeblich geleitet wird und die sein Streben als besonders verwerflich erscheinen lassen⁵⁸. Dies setzt nicht unbedingt eine längere Reflexion voraus, sondern kann u. U. gleichsam

26) BGH – 3 StR 223/80 v. 25. 6. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1980 985.

27) BGH – 3 StR 26/81 v. 25. 3. 1981 = NJW 1981, 1382 = MDR 1981, 509 = StV 1981, 232. Vgl. auch BGH – 3 StR 403/80 v. 3. 12. 1980 = NSZ 1981, 259 = b. Holtz, in: MDR 1981, 266 = StV 1981, 230. Demgegenüber will etwa Bockelmann, Strafrecht, Bes. Teil 2, 1977, S. 9 bereits ein niedriges Motiv genügen lassen. Daran ist wohl richtig, daß sich ein tatleitender niedriger Beweggrund nicht schon allein durch neutrale, sondern allenfalls durch entlastende Nebenmotive relativieren läßt und daher bei Motivbündeln das niedrige nicht unbedingt das tatprägende zu sein braucht. Zu den damit zusammenhängenden Wahlfeststellungsproblemen vgl. u. II 4d.

28) BGH – 5 StR 711/79 v. 27. 11. 1979 = NJW 1980, 537 = b. Holtz, in: MDR 1980, 272 = GA 1980, 144 = JZ 1980, 238 m. Anm. Köhler; BGH – 1 StR 145/81 v. 5. 5. 1981. Während damit der BGH der fremdländischen Wertvorstellung bzw. Kulturverhaftetheit des Täters bereits im Rahmen der objektiven Gesamtwürdigung Rechnung trägt (so wohl auch Dreher-Tröndle § 211 Rdnr. 5), will Jähnke LK § 211 Rdnr. 39, diese Frage wohl eher bei der (etwa mangelnden) Bewertungsfähigkeit des Täters lozieren.

29) Insofern kann dieses Gesamtwürdigungserfordernis, wie es von der h. L. für jedes Mordmerkmal gefordert wird (vgl. Eser, JR 1981, 183; Horn SK § 211 Rdnr. 4, je m. w. Nachw.) jedenfalls bei diesem Mordmerkmal auch nach BGH einen inzwischen unangefochtenen Platz beanspruchen: vgl. insbes. BGH – 3 StR 428/79 v. 12. 12. 1979; BGH – 3 StR 130/80 v. 2. 4. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1980, 629; BGH – 1 StR 680/80 v. 16. 12. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1981, 267; BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27).

30) BGH – 3 StR 428/79 v. 12. 12. 1979; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27); BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981; BGH – 1 StR 145/81 v. 5. 5. 1981.

31) Vgl. insbes. BGH – 3 StR 130/80 v. 2. 4. 1980 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981.

32) BGH – 4 StR 185/79 v. 3. 5. 1979; BGH – 3 StR 428/79 v. 12. 12. 1979; BGH – 4 StR 64/80 v. 13. 3. 1980; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26); BGH – 3 StR 404/80 v. 3. 12. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1981, 266; BGH – 5 StR 670/80 v. 16. 12. 1980; BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981; BGH – 1 StR 145/81 v. 5. 5. 1981.

33) BGH – 3 StR 34/81 v. 25. 2. 1981 = StV 1981, 231.

34) BGH – 2 StR 453/79 v. 29. 2. 1980.

35) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979; BGH – 5 StR 711/79 (Fst o. Fußn. 28); vgl. auch o. zu Fußn. 28.

36) BGH – 1 StR 581/79 v. 4. 12. 1979.

37) BGH – 3 StR 385/80 v. 12. 11. 1980 = NSZ 1981, 100.

38) BGH – 4 StR 298/79 (Fst o. Fußn. 25); BGH – 4 StR 201/80 v. 31. 7. 1980.

39) BGH – 2 StR 426/80 v. 1. 10. 1980.

40) BGH – 2 StR 65/79 v. 16. 5. 1979.

41) Vgl. Eser, DJT-Gutachten D 42.

42) BGH – 1 StR 526/79 v. 13. 11. 1979.

43) BGH – 5 StR 529/79 v. 23. 10. 1979.

44) BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979.

45) BGH – 3 StR 459/80 v. 14. 1. 1981.

46) BGH – 1 StR 468/80 v. 10. 9. 1980.

47) Vgl. BGH – 1 StR 714/79 v. 11. 12. 1979, wo jedoch Mord letztlich subjektiv wegen mangelnder Steuerbarkeit infolge langfristiger moralischer Verwahrlosung in Frage gestellt wird.

48) BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27); BGH – 1 StR 159/81 v. 7. 5. 1981.

49) BGH – 3 StR 427/79 v. 19. 12. 1979 = NJW 1980, 792f. = MDR 1980, 329.

50) Vgl. BGH – 5 StR 474/79 v. 4. 9. 1979; BGH – 4 StR 64/80 v. 13. 3. 1980.

51) Vgl. BGH – 1 StR 145/81 v. 5. 5. 1981.

52) Vgl. BGH – 4 StR 185/79 v. 3. 5. 1979, wo es sich bei dem zufällig in die Quere kommenden Opfer sogar um eine Art „Ersatztötung“ anstelle des verhassten Vaters gehandelt haben könnte.

53) Vgl. BGH – 3 StR 428/79 v. 12. 12. 1979; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29).

54) Vgl. BGH – 3 StR 433/80 v. 17. 12. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1981, 267; BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981.

55) Vgl. BGH – 5 StR 474/79 v. 4. 9. 1979; BGH – 3 StR 34/81 (Fst o. Fußn. 33); BGH – 1 StR 145/81 v. 5. 5. 1981.

56) Allg. zu diesem Differenzierungsproblem Eser, in: Schönke-Schröder § 211 Rdnr. 36ff.; Jähnke, LK § 211 Rdnr. 35ff.; Köhler, JZ 1980, 283ff.

57) Vgl. insbes. BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 1 StR 159/81 v. 7. 5. 1981.

58) Vgl. BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979; BGH – 5 StR 583/79 v. 25. 9. 1979; BGH – 1 StR 714/79 v. 11. 12. 1979; BGH – 4 StR 64/80 v. 13. 3. 1980; BGH – 3 StR 65/80 v. 26. 2. 1980; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26); BGH – 3 StR 404/80 (Fst o. Fußn. 32); BGH – 5 StR 670/80 v. 16. 12. 1980; BGH – 3 StR 447/80 v. 17. 12. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1981, 267; BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27).

24) Insofern hat sich die Rechtsprechungsanalyse in Eser, DJT-Gutachten D 39ff. durchweg bestätigt.

25) BGH – 4 StR 298/79 v. 26. 7. 1979 = GA 1980 23.

„mit einem Blick“ geschehen⁵⁹. Im übrigen aber bedeutet Motivationsbewußtsein nicht, daß der Täter seine Beweggründe selbst als niedrig einschätzen müßte. Denn ähnlich wie bei sonstigen normativen Merkmalen kommt es bei dieser Wertungsfrage auch hier allein darauf an, daß sich der Täter der Bedeutung seines Beweggrundes – nämlich beispielsweise als Haß oder egoistischem Vernichtungswillen (und nicht bloß als Enttäuschung oder verständliche Verärgerung) – bewußt ist, nicht aber, daß er diese Motive auch seinerseits als „niedrig“ einstufen müßte. Nichts anderes kann sinnvollerweise mit jener leicht mißverständlichen Formel des BGH gemeint sein, wonach der Täter zwar die Bedeutung der (handlungsleitenden) Umstände für die Tat erfaßt haben muß, ohne daß er aber selbst jene Bedeutung nachvollzogen zu haben braucht⁶⁰. Dementsprechend kann es auch für das Bewußtsein des Mißverhältnisses von Tatanlaß und Tötungswillen nur darauf ankommen, daß sich der Täter beispielsweise der leichtgewichtigen oder selbstverschuldeten Faktoren seiner Wut bewußt ist, nicht aber, daß er daraus auch die rechtliche Wertung als „niedrig“ schlußfolgert⁶¹.

Über Sachverhaltskenntnis und Motivationsbewußtsein hinaus sowie in Spezifizierung der zwar nahe verwandten, aber dennoch unterscheidungsbedürftigen allgemeinen Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB)⁶², muß der Täter fähig gewesen sein, die gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen *gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern*⁶³; denn anderenfalls kann dem Täter die Niedrigkeit seiner Motivation nicht zum Vorwurf gemacht werden⁶⁴. Dies setzt beispielsweise voraus, daß der Täter seinen irrationalen Vernichtungshaß⁶⁵ bzw. Art und Grad seiner realitätsfernen Egozentrik überhaupt gedanklich zu erfassen vermochte⁶⁶.

Daß dieses Motivationsbewußtsein bzw. Beherrschungsvermögen nicht ausreichend festgestellt war, erwies sich im Berichtszeitraum als eine der häufigsten und auch erfolgreichsten Rügen. Deshalb sieht der BGH den Tatrichter vor allem in folgenden Fällen zu einer besonders *sorgfältigen Prüfung der inneren Taiseite*, und zwar speziell des Motivationsbewußtseins und Beherrschungsvermögens, veranlaßt: bei spontan und ohne Plan aus der Augenblicksituation heraus gefaßtem Tötungsschluß⁶⁷, bei steigender Erregung und Wut⁶⁸, bei affektiver Anspannung oder Affektentladung⁶⁹, bei Explosivreaktion einer labilen Persönlichkeit⁷⁰, bei vorangegangener Auseinandersetzung⁷¹, bei starker Alkoholisierung⁷², bei Verwahrlosung mit moralischer Nivellierung⁷³ sowie bei schwerer, im Vorfeld der §§ 20, 21 StGB liegender seelischer Abartigkeit⁷⁴. Erweist sich dabei eine Persönlichkeitsentartung bzw. ein Mangel in der Persönlichkeitsstruktur als so tiefgreifend, daß es ausgeschlossen erscheint, daß der Täter irgendeines der als möglich in Betracht kommenden Motive in seiner Niedrigkeit gedanklich zu erfassen bzw. willensmäßig zu beherrschen vermochte, so ist kein Rechtsfehler darin zu erblicken, daß der Tatrichter von vorneherein darauf verzichtet, über die etwaige objektive Niedrigkeit der Motivation des Täters nähere Feststellung zu treffen bzw. darüber zu entscheiden⁷⁵.

Im übrigen ist eine besondere Prüfung der gedanklichen Beherrschbarkeit bzw. willensmäßigen Steuerbarkeit der Gefühlsregungen allenfalls dann *entbehrlich*, wenn deren Vorliegen angesichts der Gesamtumstände außerhalb jeden vernünftigen Zweifels liegt⁷⁶: so etwa, wenn dem Täter erkennbar jede Möglichkeit einer inneren Rechtfertigung für sein Tun fehlt⁷⁷.

d) Auch zu *Wahlfeststellungsproblemen* hatte der BGH mehrfach Stellung zu nehmen. Nachdem sogar zwischen verschiedenen Mordmerkmalen Wahlfeststellung möglich ist⁷⁸, kommt eine solche um so mehr auch zwischen mehreren niedrigen Beweggründen in Betracht⁷⁹. Dies setzt jedoch nach allgemeinen Wahlfeststellungsgrundsätzen voraus, daß von mehreren in Betracht kommenden Beweggründen entweder der eine oder der andere vorliegen muß und jeder dieser Beweggründe als niedrig einzustufen wäre⁸⁰. Daran fehlt es etwa dann, wenn ein niedriger Beweggrund möglicherweise wegen erheblicher Persönlichkeitsmängel auszuschließen ist⁸¹ bzw. der Tatrichter nicht mehr festzustellen vermag, als daß der Täter „ohne jeglichen Grund oder aus Lust an einer körperlichen Mißhandlung“ getötet hat⁸²; denn bei dieser Alternative ist nicht auszuschließen, daß es sich im Falle eines nur „grundlosen“ Handelns um eine nicht niedrige Motivation gehandelt hat⁸³. Soweit jedoch der BGH eine Wahlfeststellung nur dann zulassen will, „wenn andere – möglicherweise

nicht auf tiefster Stufe stehende – Motive für die Tötungshandlung sicher ausgeschlossen sind“⁸⁴, ist dies nicht frei von Mißverständlichkeit; denn sofern etwa feststeht, daß von zwei als niedrig einzustufenden Motiven entweder das eine oder das andere vorlag (z. B. Rassenhaß oder blindwütige Rache), steht ein möglicher dritter nicht-niedriger Beweggrund einer Wahlfeststellung allenfalls dann entgegen, wenn er eines der niedrigen Motive zu relativieren vermag und es damit letztlich denn doch an einer exklusiven Alternativität mordqualifizierender Motive fehlt.

e) Was das *Verhältnis zu anderen Mordmerkmalen* betrifft, so kommt zwar nicht selten ein Zusammentreffen von niedrigem Beweggrund mit einem anderen Merkmal (wie insbes. Heimtük-

59) BGH – 3 StR 65/80 v. 26. 3. 1980; BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26); BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58); BGH – 3 StR 152/80 v. 22. 5. 1980.

60) So im Anschluß an BGHSt 6, 329/331 neuerdings u. a. wieder BGH – 4 StR 64/80 v. 13. 3. 1980; BGH – 4 StR 346/80 v. 21. 8. 1980.

61) So dürfte auch BGH – 4 StR 571/78 v. 23. 11. 1978 = b. Holtz, in: MDR 1979, 280 sowie BGH – 1 StR 468/80 v. 16. 9. 1980 zu interpretieren sein. Vgl. zu diesem häufig mißverstandenen (vgl. insbes. BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27) Problem auch Jähnke, LK § 211 Rdnr. 36; Horn, SK § 211 Rdnr. 17; aber auch Köhler, JZ 1980, 241.

62) Vgl. BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27); BGH – 1 StR 159/81 v. 7. 5. 1981.

63) So in verstärkter Betonung einer bereits weit zurückreichenden Rechtsprechung (vgl. BGHSt 28, 210 [212] mit Verweis auf BGH – 1 StR 267/51 v. 3. 7. 1951) neuerdings insbes. BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979; BGH – 5 StR 474/79 v. 4. 9. 1979; BGH – 1 StR 714/79 v. 11. 12. 1979; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26); BGH – 3 StR 385/80 (Fst o. Fußn. 37); BGH – 3 StR 381/80 v. 14. 11. 1980; BGH – 4 StR 346/80 v. 21. 8. 1980; BGH – 3 StR 404/80 (Fst o. Fußn. 32); BGH – 1 StR 680/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58); BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27). Soweit dies als „Wertungsfähigkeit“ bezeichnet wird (vgl. BGH – 3 StR 403/80, Fst o. Fußn. 27), kann das konsequenterweise nur als Fähigkeit zur „Wertung“ in dem zuvor genannten Sinne (in u. zu Fußn. 60 ff.) verstanden werden.

64) Vgl. BGH – 3 StR 381/80 v. 14. 11. 1980; BGH – 3 StR 404/80 (Fst o. Fußn. 32); BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27).

65) BGH – 1 StR 680/80 (Fst o. Fußn. 29).

66) BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27); vgl. auch BGH – 1 StR 714/79 v. 11. 12. 1979.

67) BGH – 4 StR 64/80 v. 13. 3. 1980; BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26).

68) BGH – 3 StR 404/80 (Fst o. Fußn. 32); BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

69) BGH – 3 StR 381/80 v. 14. 11. 1980; BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979; BGH – 5 StR 474/79 v. 4. 9. 1979; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27).

70) BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979; BGH – 3 StR 65/80 v. 26. 3. 1980.

71) BGH – 5 StR 583/79 v. 25. 9. 1979; BGH – 3 StR 65/80 v. 26. 3. 1980; BGH – 3 StR 26/81 (Fst o. Fußn. 27).

72) BGH – 3 StR 381/80 v. 14. 11. 1980; BGH – 5 StR 222/79 v. 15. 5. 1979; BGH – 5 StR 474/79 v. 4. 9. 1979; BGH – 5 StR 583/79 v. 25. 9. 1979; BGH – 3 StR 130/80 (Fst o. Fußn. 29); BGH – 3 StR 65/80 v. 26. 3. 1980; BGH – 3 StR 385/80 (Fst o. Fußn. 37).

73) BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49).

74) BGH – 3 StR 223/80 (Fst o. Fußn. 26); BGH – 1 StR 159/81 v. 7. 5. 1981.

75) BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27); BGH – 1 StR 680/80 (Fst o. Fußn. 29); vgl. auch BGH – 3 StR 439/79 v. 28. 11. 1979.

76) BGH – 3 StR 404/80 (Fst o. Fußn. 32); BGH – 3 StR 34/81 (Fst o. Fußn. 33); BGH – 3 StR 381/80 v. 14. 11. 1980; BGH – 3 StR 385/80 (Fst o. Fußn. 37); BGH – 3 StR 152/80 v. 22. 5. 1980.

77) Vgl. BGH – 1 StR 468/80 v. 16. 9. 1980; BGH – 3 StR 385/80 (Fst o. Fußn. 37).

78) Vgl. Eser, in: Schönke-Schröder § 1 Rdnr. 93, § 211 Rdnr. 13 m. w. Nachw.

79) BGH – 4 StR 298/79 (Fst o. Fußn. 25); BGH – 3 StR 439/79 v. 28. 11. 1979; BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

80) Insofern zutreffend BGH – 4 StR 298/79 (Fst o. Fußn. 25).

81) BGH – 3 StR 439/79 v. 28. 11. 1979.

82) BGH – 4 StR 298/79 (Fst o. Fußn. 25).

83) Wobei freilich zu bedenken wäre, ob nicht gerade in „grundlosem“ Töten ein als niedrig einzustufender, weil menschenverachtender Vernichtungswille zu erblicken wäre (vgl. Jähnke, LK § 211 Rn. 27 m. w. Nachw.). Doch in dieser Verschleierbarkeit von Motiven – und damit auch von „niedrigen“ – liegt ja nicht zuletzt einer der Grundeinwände gegen dieses Mordmerkmal (vgl. Eser, DJT-Gutachten D 43).

84) BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

ke oder Grausamkeit) in Betracht^{84a}, was dann etwa bei nur versuchtem Mord für die Strafzumessung eine Rolle spielen kann⁸⁵ und künftig auf dem Boden von GSSSt 1/81 auch bei Einräumung des Strafmilderungsrahmens von § 49 StGB bedeutsam werden dürfte. Soweit es sich jedoch bei jenem anderen Merkmal lediglich um eines der gesetzlich benannten Motiv- bzw. Absichtsmkmale (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier bzw. Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht) handelt, kann darin nicht zugleich ein „sonstiger“ niedriger Beweggrund erblickt werden⁸⁶. Dies dürfte jedoch nicht ausschließen, daß ein benanntes Motiv- bzw. Absichtsmerkmal mit einem andersartigen, nicht bereits benannten niedrigen Beweggrund (wie etwa Rassenhaß) zusammentreffen kann.

5. „Heimtückische“ Tötung

Nachdem der GSSSt ausdrücklich an der Grundkonzeption des bisherigen Heimtücke-begriffs der Rechtsprechung festhält, bleibt die dazu ergangene Judikatur jedenfalls für den Mord-Tatbestand auch weiterhin von Bedeutung⁸⁷. Deshalb kann es im folgenden nur darum gehen aufzuzeigen, inwieweit die bekannte BGH-Formel vom „bewußten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindseliger Willensrichtung“⁸⁸ durch die neuere Rechtsprechung bestätigt oder modifiziert wird⁸⁹. Dazu werden – um das Ergebnis vorwegzunehmen – allenfalls gewisse Randkorrekturen festzustellen sein.

a) Was den Entstehungsgrund der Arg- und Wehrlosigkeit betrifft, so hält es der BGH für unerheblich, ob die hilflose Lage des Opfers durch den Täter selbst herbeigeführt oder bestärkt wurde oder zufällig entstanden ist; allein entscheidend ist, daß der Täter die Lage des Opfers ausnutzt: Deshalb entfällt Heimtücke nicht etwa deshalb, weil es der Täter nicht darauf angelegt hatte, das Opfer in einen Hinterhalt zu locken⁹⁰. Dementsprechend soll auch die spontane Ausnutzung des Überraschungseffekts, daß das zufällig daherkommende Opfer dem Pkw des Täters nicht mehr auszuweichen vermag, genügen⁹¹.

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Arg- und Wehrlosigkeit ist – in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung – auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs abzustellen; und zwar beginnt dieser jedenfalls dann, wenn der Täter zur unmittelbaren Verwirklichung der Tötungsabsicht auf das Opfer zugeht und die bereits schußbereite Waffe ergreift⁹². Dementsprechend entfällt bei einem Angriff gegen ein schlafendes Opfer dessen Arg- und Wehrlosigkeit nicht schon deshalb, daß es entgegen der Tätervorstellung nicht sofort bewußtlos wird, sondern aufwacht und dadurch der weiteren Eingriffe gewärtig wird⁹³.

Nicht wenige Entscheidungen hatten sich wiederum mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen aufgrund vorangegangener offener Feindseligkeit die Arglosigkeit des Opfers entfallen kann. Dazu wurde mehrfach der Grundsatz bestätigt, daß ein Mensch auch dann arglos bleibt, „wenn er zwar allgemein mit dem Angriff eines anderen auf ihn rechnet, sich einer solchen unmittelbaren Gefahr zur Zeit der Tat aber gerade nicht versieht“⁹⁴. Das kann selbst dann der Fall sein, wenn der Tötung noch kurz zuvor eine Auseinandersetzung vorausgegangen war, das Opfer jedoch den Streit zunächst als erledigt ansah und daher – mit eingeschränktem Bewegungsspielraum – in der Badewanne verblieb⁹⁵. Gleiches gilt für den Fall, daß trotz gewisser Rangelien die tödliche Absicht für das Opfer erst zu einem Zeitpunkt erkennbar wird, zu dem ihm keine Gegenwehr mehr bleibt⁹⁶, oder daß trotz sichtbar entgegengehaltener Waffe das Opfer den Angriff offenbar nicht als ernstlich auffaßt⁹⁷ oder gegen einen anderen gerichtet glaubt⁹⁸. Mögen sich diese Ergebnisse noch im Rahmen der neueren Rechtsprechung halten, so gibt es andererseits doch auch deutliche Anzeichen für gewisse Kurskorrekturen gegenüber der heimtückeeinschränkenden Feindseligkeitsformel des 2. Senats in BGHSt 27, 322⁹⁹: Während danach schon jede (und damit auch nur verbale) Art einer in offener Feindschaft geführten Auseinandersetzung genügen soll¹⁰⁰, verlangt der 3. Senat einen erkennbar gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit gerichteten Angriff¹⁰¹. Und auch das Erfordernis unmittelbaren Vorangehens der Feindseligkeit erscheint dadurch verschärft, daß es daran schon bei einem 6–15minütigen Zeitraum zwischen der offenen Feindseligkeit und dem tödlichen Angriff fehlen soll¹⁰². Im übrigen wird Arglosigkeit des Opfers auch dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich dem als entdecktem Dieb verfolg-

ten Täter plötzlich hinter einem Mauervorsprung gegenüber-sieht¹⁰³.

Was die sich aus der Arglosigkeit ergebende Wehrlosigkeit des Opfers betrifft, entfällt der dafür erforderliche Vorsatz des Täters nicht etwa schon deshalb, weil er das Opfer mit einer Waffe versehen glaubte; denn selbst ein bewaffnetes Opfer kann wehrlos sein, wenn ihm der Täter zum Gebrauch der vermuteten Waffe keine Zeit lassen will¹⁰⁴.

b) Zum Heimtückeelement des bewußten Ausnutzens wurde mehrfach bestätigt, daß dafür der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in ihrer Bedeutung für die Tat erfaßt haben muß¹⁰⁵. Dies setzt nicht unbedingt eine längere Überlegung oder gar einen reflektierten Tatplan voraus; vielmehr kann der Täter – einer raschen Eingebung folgend – die Gunst der Stunde auch „mit einem Blick“ erfaßt haben¹⁰⁶. Immerhin kann aber die Spontanität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, daß es dem Täter am Ausnutzungsbewußtsein fehlt¹⁰⁷.

Ferner ist eine besondere Prüfung (mit möglichem Ausschluß) des Ausnutzungsbewußtseins immer dann veranlaßt, wenn der Täter in heftiger Gemütsbewegung gehandelt hat¹⁰⁸ oder in Belastungssituationen zu kurzschlußartigen Explosivreaktionen neigt¹⁰⁹. Auch bei einem nicht unwesentlich alkoholisierten wütenden Täter ist ein Bewußtseinsmangel selbst dann nicht auszuschließen, wenn er sich nicht „in einer auf sturmartige Entladung drängenden Affektsituation befand“¹¹⁰.

Im übrigen ist natürlich auch erforderlich, daß die vom Täter zutreffend wahrgenommene Lage des Opfers für seinen Willensbildungsprozeß auch tatsächlich kausal geworden ist: Daran wür-

84a) Vgl. BGH – 1 StR 546/79 v. 6. 11. 1979; BGH – 2 StR 65/79 v. 16. 5. 1979; BGH – 2 StR 502/79 v. 17. 10. 1979; BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

85) Vgl. etwa BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

86) Vgl. o. II 1 zu BGH – 4 StR 116/79 v. 10. 5. 1979, ferner Eser, Strafrecht III, 2. Aufl. 1981, S. 32.

87) BGH, NStZ 1981, 344; vgl. auch o. I zu Fußn. 9.

88) Grundlegend dazu GSSSt 1/56 v. 27. 9. 1956 = BGHSt 9, 385.

89) Vgl. dazu auch die Rechtsprechungsauswertung in Eser, DJT-Gutachten D 44 ff. sowie in JR 1981, 180 ff.

90) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979.

91) BGH – 1 StR 526/79 v. 13. 11. 1979. Insofern wohl anders die auf einen Vertrauensbruch abhebende Lehre (vgl. Eser, in: Schönke-Schröder § 211 Rdnr. 26; M.-K. Meyer, JR 1979, 485, 487).

92) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979; BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49); BGH – 2 StR 426/80 v. 1. 10. 1980; vgl. auch BGH – 3 StR 459/80 v. 14. 1. 1981.

93) BGH – 1 StR 747/79 v. 29. 1. 1980.

94) So BGH – 3 StR 81/80 v. 23. 4. 1980; im gleichen Sinne BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979; BGH – 1 StR 575/79 v. 29. 10. 1979; BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49).

95) BGH – 1 StR 750/79 v. 5. 2. 1980.

96) BGH – 1 StR 620/80 v. 9. 12. 1980; vgl. auch BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979; BGH – 3 StR 81/80 v. 23. 4. 1980.

97) BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981. Zu der damit zusammenhängenden Problematik „berechtigter“ Arglosigkeit vgl. Arzt, JR 1979, 7, 12; dazu aber auch Eser, JR 1981, 177, 181 m. w. Nachw.

98) BGH – 3 StR 447/80 (Fst o. Fußn. 58).

99) Vgl. auch BGHSt 28, 210, 211.

100) So auch die Tendenz der Instanzgerichte (vgl. Eser, DJT-Gutachten D 46); zust. Jähnke, LK § 211 Rdnr. 45; vgl. aber demgegenüber u. a. Geilen in Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 235, 246 f.

101) BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49).

102) BGH – 3 StR 81/80 v. 23. 4. 1980.

103) BGH – 2 StR 65/79 v. 16. 5. 1979.

104) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979.

105) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979; BGH – 1 StR 575/79 v. 29. 10. 1979; BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49); BGH – 3 StR 423/80 v. 10. 12. 1980 = NStZ 1981, 140; BGH – 1 StR 98/81 v. 26. 3. 1981 = StV 81, 277; BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981.

106) BGH – 3 StR 423/80 (Fst o. Fußn. 105).

107) BGH – 5 StR 143/81 v. 16. 6. 1981; vgl. auch BGH – 3 StR 423/80 (Fst o. Fußn. 105).

108) BGH – 1 StR 575/79 v. 29. 10. 1979; vgl. auch BGH – 1 StR 98/81 (Fst o. Fußn. 105).

109) BGH – 1 StR 282/79 v. 28. 8. 1979.

110) BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49). Zu den teils noch weitergehenden Ausschlußfaktoren der Instanzgerichte vgl. Eser, DJT-Gutachten D 46, aber auch JR 1981, 177, 181.

de es etwa fehlen, wenn der Täter die Tötung auch ohne Rücksicht auf die für die Tatbegehung günstige Situation ausgeführt hätte¹¹¹. Ähnlich würde es an der Kausalität der Hilflosigkeit des Opfers fehlen, wenn sich der Täter die Bedeutung der Lage des Opfers für sein Handeln nicht vergegenwärtigt hatte und ihm somit die Bedeutungskennntnis fehlte¹¹².

c) Was die – für die Heimtückeformel des BGH zusätzlich erforderliche – *feindselige Willensrichtung* des Täters¹¹³ betrifft, scheint der BGH auf die großzügige Tendenz der Instanzgerichte¹¹⁴ einzuschwenken: Denn an dieser Feindseligkeit soll es (im Falle eines mißglückten „Mitnahmesuizid“) schon dann fehlen, wenn der Täter dem Kind ersparen wollte, „herumgeschubst“ zu werden und „anderen ewig im Wege zu stehen“¹¹⁵.

6. „Grausame“ Tötung

Für dieses vergleichsweise selten angewandte Mordmerkmal ist in Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung erforderlich, daß der Täter „dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung, die ihn jedenfalls bei der Tat beherrscht hat, zufügt“¹¹⁶.

a) Das somit objektiv erforderliche *Zufügen besonders starker Schmerzen oder Qualen* ist nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß das Opfer die Heftigkeit der körperlichen Verletzungen infolge seiner furchtbaren Todesangst und seelischen Pein möglicherweise nicht spürte; denn in diesem Fall kann die Grausamkeit in den schweren *seelischen* Leiden des Opfers liegen¹¹⁷. Wird dagegen das Opfer bereits durch den ersten Schlag nach einer Minute bewußtlos, so kommt Grausamkeit nur in Betracht, wenn das Opfer schon durch den ersten Schlag besonders starke Schmerzen oder Qualen erleiden mußte¹¹⁸.

b) Für den *Vorsatz* ist die Kenntnis und das Wollen derjenigen Tatumstände, welche die dem Opfer zugefügten besonderen Qualen bedingen, erforderlich. Dafür kann jedoch nicht schon das äußere Bild des Vorgangs entscheidend sein, weil dieses sich

möglicherweise aus einem Tatverlauf ergibt, den der Täter – weil er mit einem sofortigen Todesertritt rechnete – nicht vorhergesehen und nicht gewollt hat¹¹⁹. Dagegen bestehen keine Vorsatzbedenken, wenn sich der Täter der langandauernden Mißhandlung bewußt war, welche er schließlich durch Übergießen des Opfers mit einem Eimer kalten Wassers und per Liegenlassen im Keller beendete¹²⁰.

c) Die vom BGH zusätzlich geforderte *gefühllose und unbarmherzige Gesinnung*¹²¹ kann schon darin liegen, daß der Täter die furchtbare Todesangst des Opfers erkennt und trotzdem weiterhandelt¹²². Falls er jedoch in großer Erregung infolge einer heftigen Auseinandersetzung handelt, kann es an den subjektiven Grausamkeitserfordernissen fehlen¹²³.

111) Vgl. BGH – 1 StR 96/81 v. 9. 4. 1981.

112) BGH – 1 StR 98/81 (Fst o. Fußn. 105).

113) Vgl. o. Fußn. 88 sowie BGH – 1 StR 470/77 v. 29. 9. 1977 = NJW 1978, 709; BGH – 4 StR 694/78 v. 18. 1. 1979.

114) Vgl. Eser, DJT-Gutachten D 46.

115) BGH – 3 StR 433/80 (Fst o. Fußn. 54). – Um nicht mißverstanden zu werden: nicht als ob einem solchen Täter die Vermeidung des Mord-Stigmas zu mißgönnen wäre; die Bedenklichkeit liegt allein in der durch die weite Heimtückeformel des BGH erzwungenen Begründung. Vgl. auch Geilen, JR 1980, 309, 31.

116) So im Anschluß an BGHSt 3, 180, 264: BGH – 4 StR 346/80 v. 21. 8. 1980.

117) BGH – 1 StR 546/79 v. 6. 11. 1979.

118) BGH – 4 StR 592/80 v. 4. 12. 1980.

119) BGH – 4 StR 346/80 v. 21. 8. 1980. Insofern and. Jähmke, LK § 211 Rdnr. 57.

120) BGH – 2 StR 502/79 v. 23. 10. 1979.

121) Vgl. die Nachw. o. Fußn. 116.

122) BGH – 1 StR 546/79 v. 6. 11. 1979. Nicht zuletzt deshalb ist zweifelhaft, ob es eines solchen eigenständigen Erfordernisses überhaupt bedarf (vgl. Eser, in: Schönke-Schröder § 211 Rdnr. 27, ferner DJT-Gutachten I) 173f.).

123) BGH – 4 StR 592/80 v. 4. 12. 1980.

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sind zum Ausdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen. Ein * nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, daß anschließend zu dieser eine Anmerkung abgedruckt ist.

A. Strafrecht

a) BGH

1. StGB § 24 I 1 (Verhinderung der Tatvollendung)

Die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts vom beendeten Versuch hängt allein davon ab, daß der Täter die Vollendung der Tat freiwillig verhindert.

BGH, Beschl. v. 3. 7. 1981 – 2 StR 357/81 (LG Wiesbaden)

Zum Sachverhalt: Nach den Feststellungen des LG stach der Angekl. mehrmals mit einem Küchenmesser auf seine Frau ein und fügte ihr lebensgefährliche Verletzungen zu. Dabei rechnete er mit der Möglichkeit ihres Todes und nahm diese Folge billigend in Kauf. Als er später sah, daß sich sein Opfer noch bewegte, verständigte er einen Krankenwagen. Seine Frau wurde im Krankenhaus vollständig geheilt. Das LG hat den Angekl. wegen versuchten Totschlags verurteilt. Die Revision war erfolgreich.

Aus den Gründen: ... Das LG hat ... richtig erkannt, daß der Angekl. die Vollendung der Tat freiwillig verhindert hat. Gleichwohl sieht es darin keinen strafbefreienden Rücktritt und führt zur Begründung aus:

„Zu den Rettungsmaßnahmen hat er sich jedoch erst entschlossen, nachdem er zunächst in dem Glauben, seine Frau sei bereits tot, diese

ohne weiteres, insbesondere ohne sich über ihren Zustand zu vergewissern und auf etwaige Lebenszeichen zu achten, hilflos in der Wohnung zurücklassen und sich entfernen wollte. In dem Augenblick, als der Angeklagte unter diesen Umständen ungerührt seine Kleidung wechselte und Möglichkeiten für einen Selbstmord durchdachte, war für ihn das vorhergehende Tatgeschehen endgültig und unwiderruflich abgeschlossen, das weitere Schicksal seiner Frau in seinen Augen besiegelt und daher gleichgültig. Erst durch ein Lebenszeichen seiner Frau wurden die Pläne des Angeklagten plötzlich in eine neue Richtung gelenkt und damit ein dem ursprünglichen Tatgeschehen entgegengesetzter neuer und eigenständiger Kausalverlauf in Gang gebracht. Ein derartiges Verhalten ist jedoch nicht geeignet, einem bereits abgeschlossenen Tatkomplex im nachhinein die Strafbarkeit zu nehmen.“

Diese Ausführungen ... sind rechtsfehlerhaft. Die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts vom beendeten Versuch hängt allein davon ab, daß der Täter die Vollendung der Tat freiwillig verhindert. An weitere Voraussetzungen ist diese Wirkung nicht geknüpft. Die Chance, vom beendeten Versuch mit strafbefreiender Wirkung zurückzutreten, bleibt dem Täter bis zu dem Zeitpunkt erhalten, in dem er den Erfolg nicht mehr abzuwenden vermag. Gelingt es ihm, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kommt es nicht darauf an, wann er sich zur Rettung des Opfers entschloß (BGH, Beschl. v. 13. 7. 1977 – 3 StR 237/77), was diesem Entschluß vorausging, wie sich ihm die Sachlage bis dahin darstellte, ob er den Erfolg zunächst irrtümlich schon für eingetreten erachtete, was er in der Zwischenzeit tat oder unterließ, welche Vorstellungen oder Beweggründe ihn hierbei bestimmten, insbesondere dafür maßgebend waren, daß er zunächst keine Rettungsmaßnahmen traf, sondern sie erst zu einem späteren Zeitpunkt – aber noch rechtzeitig – ergriff. Dies hat das LG verkannt ...

Mie.

Rechtsprechung

Professor Dr. Albin Eser, Tübingen

Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung zwischen BVerfGE 45, 187 und BGH-GSSt 1/81

– 2. Teil –

Der zweite Teil setzt die Übersicht von NStZ 1981, 383 bis 388 fort und schließt sie ab. Behandelt wurde dort unter I. die Ausgangslage der Rspr. vor der Entscheidung des BVerfG. Unter II. stellte der Verf. die Entwicklung der Rspr. zu den einzelnen Mordmerkmalen dar, sie endete mit dem Tatbestandsmerkmal „grausam“.

7. Tötung, „um eine andere Strafe zu ermöglichen“

Dieses Mordmerkmal wurde in einem Fall bejaht, in dem der Täter eine Erbverzichtserklärung seiner Frau stehlen und anschließend vernichten wollte, um dann durch Tötung der Frau einen für ihn günstigen Erbfall herbeizuführen. Daß er dieses Ziel nicht erreichte, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, daß die Ermöglichungsabsicht nicht die einzige Triebfeder seines Handelns war¹²⁴. Andererseits muß die Tötung als Mittel zu einem weiteren strafbaren Zweck eingesetzt werden und darf nicht lediglich Begleiterscheinung eines intensiven Beutestrebens sein^{124a}.

Bemerkenswerterweise wird in der vorletzt genannten Entscheidung auch noch die besondere Verwerflichkeit der Tat im Hinblick auf die BVerfG-Erfordernisse betont¹²⁵.

Der Annahme einer Ermöglichungsabsicht (Raub) steht nicht entgegen, daß der Täter nur mit bedingtem Tötungsvorsatz handelt¹²⁶. Auch können Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht durchaus im Hinblick auf dieselbe Tat zusammentreffen¹²⁷.

8. Tötung, „um eine andere Straftat zu verdecken“

Obgleich dieses Mordmerkmal im Vergleich zu seiner sonst gewohnten Anwendungshäufigkeit¹²⁸ im Berichtszeitraum seltener in Erscheinung tritt, sind doch gerade hier die vielleicht deutlichsten Anzeichen für eine gewisse Rückwärtsentwicklung hinter den status quo ante zu erkennen: zwar werden die unter dem Eindruck des BVerfG-Urteils eingeleiteten Einschränkungen der Verdeckungsabsicht¹²⁹ nicht förmlich zurückgenommen, doch ist die Tendenz zu einer möglichst engen Handhabung unverkennbar¹³⁰.

a) Das zeigt sich zum einen hinsichtlich des durch den 2. Senat grunde gelegten Ausschlusses der Verdeckungsabsicht in „Grenzfällen engen zeitlichen und sachlichen Zusammentreffens von Vortat und Verdeckungstat“ (BGHSt 27, 346/9), d. h. in Fällen, in denen „die Vortat sich aus einer augenblicklichen Situation ergeben hat und der Täter während oder sofort nach ihrer Vollendung den Entschluß zum Töten faßt“ und wo „schon die Vortat als versuchter Totschlag oder als Körperverletzung in einem tätlichen Angriff auf Leib oder Leben des Opfers bestand“, kurz: wo die in einem spontanen Angriff auf Leib oder Leben bestehende Vortat ohne deutliche Zäsur nahtlos in die Tötung übergeht¹³¹.

– Demgegenüber hatte bereits derselbe 2. Senat in BGHSt 27, 281 weitergehenden Einschränkungen der Verdeckungsabsicht vorgebeugt, indem für diese Absicht nicht vorauszusetzen sei, daß der Täter die nachfolgende Tötung im voraus geplant hatte¹³². Im Sinne dieser Absicherung hat der BGH inzwischen mehrfach bestätigt, daß Verdeckungsabsicht nicht unbedingt eine vorangegangene Überlegung voraussetzt und demzufolge dieses Mordmerkmal nicht etwa schon dadurch ausgeschlossen wird, daß der Täter aufgrund einer „jähren Eingebung“ den Tötungsentschluß faßt¹³³ oder überraschend in eine Situation gerät, in der er seine Festnahme befürchten muß¹³⁴.

– Eine weitere Einengung hat BGHSt 27, 346 durch den 4. Senat in BGHSt 28, 77 erfahren: Danach kommt ein Ausschluß der Verdeckungsabsicht nicht in Betracht, „wenn der Täter sich bereits in rechtsfeindlicher Einstellung in die Situation begeben hat, aus der heraus sich die Vortat entwickelt“, und zwar selbst dann nicht, wenn die Vortat dann zu einer Konfliktslage führt und der zunächst mit anderer Zielrichtung (wie etwa Nötigung mit Körperverletzungsvorsatz) vorgenommene Angriff unmittelbar in einen solchen mit Tötungsvorsatz zwecks Verdeckung übergeht¹³⁵.

– Schließlich hat der 1. Senat in NJW 1978, 2105 das Zäsurmoment dadurch verschärft (und dadurch einem Ausschluß von

Verdeckungsabsicht entgegengewirkt), daß er einen nahtlosen Übergang von der Vortat zur Verdeckungstötung schon dann verneint, wenn sich der Täter erst zur Tötung entschließt, nachdem er sich vom Ort der Vortat wegbegeben hatte, und sei es auch nur – wie offenbar im Entscheidungsfalle – bloß kurzfristig und nicht allzu weit¹³⁶.

Diese eingrenzenden Präzisierungen von BGHSt 27, 346 hat schließlich der 2. Senat selbst (in JR 1979, 470/1) dahingehend zusammengefaßt, daß es dabei „um die Ausgliederung einer Fallgruppe aus dem Mordtatbestand (geht), für die es kennzeichnend ist, daß Vortat und Verdeckungstat sich gegen das Rechtsgut von Leib und Leben richten, unmittelbar ineinander übergehen und einer unvorhergesehenen Augenblickslage entspringen“¹³⁷. Daraus hat dann umgekehrt für das Vorliegen von Verdeckungsabsicht der 1. Senat (in GA 1979, 426) geschlossen, daß eine solche insbesondere dann in Betracht kommt, (aa) „wenn Vortat und Verdeckungstat nicht dieselbe Angriffsrichtung hatten, (bb) wenn sich der Täter in rechtsfeindlicher Absicht in die zur Tötung führende Situation begeben hatte, oder (cc) wenn eine deutliche Zäsur zwischen beiden Taten bestand“¹³⁸.

aa) Was die demnach für den Ausschluß von Verdeckungsabsicht erforderliche gleichartige Angriffsrichtung betrifft, wurde sie konsequenterweise in jenen Fällen verneint, in denen die Vortat ausschließlich auf (Einbruchs)Diebstahl (und damit gegen ein nicht leib- oder lebensbezogenes Rechtsgut) ausgerichtet war¹³⁹. Gleiches wurde aber auch für Fälle verneint, in denen der Täter das Opfer zunächst vergewaltigen¹⁴⁰ bzw. berauben¹⁴¹ wollte: Hier die Gleichartigkeit der Angriffsrichtung zu verneinen, vermag jedenfalls im letztgenannten Fall nicht recht zu überzeugen, nachdem es dort im Zuge der Gewaltanwendung sogar schon zu Messerstichen gekommen war. Doch auch bei Vergewaltigung

124) BGH – 1 StR 546/79 v. 6. 11. 1979.

124a) So BGH – 1 StR 790/79 v. 26. 2. 1980 = b. Holtz, in: MDR 1980, 629.

125) Zu vergleichbaren Absicherungen bei „Verdeckungsabsicht“ vgl. Eser, DJT-Gutachten D 177 Anm. 104.

126) BGH – 3 StR 390/80 v. 8. 10. 1980 = b. Holtz in: MDR 1981, 102, vgl. auch Geilen, JR 1980, 309/314.

127) BGH wie zuvor. Dort auch Näheres zur Hinweispflicht nach § 265 StPO, wenn die Mordanklage auf Ermöglichungsabsicht gestützt, stattdessen jedoch wegen Verdeckungsabsicht verurteilt wird.

128) Vgl. Eser, DJT-Gutachten D 40.

129) Wie insbes. durch den 2. StS in 2 StR 530/77 v. 1. 2. 1978 = BGHSt 27, 346 sowie BGH – 2 StR 776/77 v. 3. 2. 1978. Vgl. ferner die Rechtsprechungsübersicht in Eser, DJT-Gutachten D 177f. sowie M.-K. Meyer, JR 1979, 441/487ff.

130) So vor allem in der Rechtsprechung des 5. StS: vgl. BGH – 5 StR 254/79 v. 19. 6. 1979 (dazu u. Fußn. 148); BGH – 5 StR 800/78 (Fst o. Fußn. 5); BGH – 5 StR 142/80 v. 6. 5. 1980 (dazu u. Fußn. 140); BGH – 5 StR 596/80 v. 24. 2. 1980 = JZ 1981, 547 m. Anm. Köhler (dazu u. b. Fußn. 141).

131) BGH – 2 StR 530/77 (Fst o. Fußn. 129), ebenso BGH – 2 StR 35/78 v. 5. 7. 1978 = GA 1978, 372.

132) BGH – 2 StR 303/77 v. 21. 10. 1977 = BGHSt 27, 281/283f. = NJW 1978, 229 = MDR 1978, 152 = JZ 1978, 115. Vgl. aber demgegenüber auch BGH – 2 StR 508/78 v. 17. 1. 1979 = JR 1979, 470/1 = b. Holtz, in: MDR 1979, 455, wonach in den durch BGHSt 27, 346 ausgegliederten Fällen „die vom Tatbestand des Mordes in allen seinen Begehungsförmlichkeiten vorausgesetzte besondere Verwerflichkeit zu verneinen (ist), weil das für die ursprüngliche Fassung des Mordtatbestandes ausschlaggebende Merkmal überlegten Handelns in besonders ausgeprägter Weise fehlt“.

133) BGH – 1 StR 153/79 (Fst o. Fußn. 5); BGH – 2 StR 426/79 v. 15. 8. 1979 = b. Holtz, in: MDR 1980, 105. Immerhin kann aber nach den zuletzt genannten Entscheidungen das Handeln in panikartiger Erregung nahelegen, eine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) zu prüfen.

134) BGH – 1 StR 237/80 v. 10. 6. 1980.

135) BGH – 4 StR 248/78 v. 13. 7. 1978 = BGHSt 28, 77/80ff. = NJW 1978, 2402 = MDR 1978, 856 = JZ 1978, 615.

136) BGH – 1 StR 118/78 v. 13. 6. 1978 = BGH, NJW 1978, 2105 = MDR 1978, 769 = JZ 1978, 616.

137) BGH – 2 StR 508/78 (Fst o. Fußn. 132). Vgl. krit. hierzu Geilen, JR 1980, 309/313.

138) BGH – 1 StR 153/79 v. 29. 5. 1979 = GA 1979, 426.

139) So in BGH – 1 StR 153/79 (Fst o. Fußn. 5); BGH – 2 StR 426/79 (Fst o. Fußn. 133).

140) BGH – 5 StR 142/80 v. 6. 5. 1980.

141) BGH – 5 StR 596/80 (Fst o. Fußn. 130).

als Vortat ist die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Opfers schwerlich zu verkennen. Oder soll die Gleichartigkeit der Angriffsrichtung auf reine Körperverletzung beschränkt sein? Dies wäre im Hinblick auf die Gleichartigkeit der körperlichen Gewaltdynamik eine täterpsychologisch kaum nachvollziehbare Differenzierung¹⁴².

bb) Auch an der geforderten *Doppelspontaneität von Vortat und Verdeckungstötung*¹⁴³, an der es ja schon fehlen soll, wenn sich der Täter in *rechtsfeindlicher Absicht* in die zur Tötung führende Situation begeben hat, muß fast zwangsläufig der Ausschluß von Verdeckungsabsicht scheitern. Denn sobald die Vortat irgendwie vorgeplant ist, kann von ihrer Spontaneität im Grunde schon keine Rede mehr sein. Wenn also nicht schon wegen mangelnder Gleichgerichtetheit des Angriffs, so konnte in den Fällen eines vorangegangenen Einbruchsdiebstahls¹⁴⁴ bzw. Vergewaltigungsversuchs¹⁴⁵ dem Ausschluß von Verdeckungsabsicht jedenfalls nicht die mangelnde Spontaneität der Vortat entgegengehalten werden – es sei denn, man würde für diese Art von Rechtsfeindlichkeit die mögliche Konfrontation mit einem Menschen voraussetzen oder die Spontaneität des Sexualdelikts durch Handeln im Affekt ausschließen¹⁴⁶.

cc) Auch an den „*nahelosen Übergang*“ von der Vortat zur Verdeckungstötung werden scharfe Anforderungen gestellt, indem eine zur Verdeckungsabsicht führende Zäsur bereits dann angenommen wird, wenn der Täter vor dem Tötungsentschluß erst noch das (Diebstahls)Opfer zu beschwichtigen (nämlich von einer Benachrichtigung der Polizei abzuhalten) versucht hatte¹⁴⁷ bzw. nach einem anderen, vom Werkzeug der Vortat verschiedenen Tötungsmittel hatte suchen müssen¹⁴⁸ – letzteres freilich ein Zäsurmoment, das im Hinblick auf seine Zufälligkeit nicht recht einzuleuchten vermag und zudem auch mit dem in BGHSt 27, 346/9 ausdrücklich für unerheblich erklärten Wechsel des Angriffswerkzeugs schwerlich vereinbar ist¹⁴⁹.

b) *Gegenstand der Verdeckung* muß eine *Straftat* sein, und zwar nach der Vorstellung des Täters¹⁵⁰. Daran fehlt es, wenn nicht zweifelsfrei feststeht, daß der Täter das dem Tötungsgeschehen vorangegangene Verhalten als strafbar ansah; in diesem Falle muß zu seinen Gunsten davon ausgegangen werden, daß er es lediglich für „verwerflich“, nicht aber für strafbar hielt¹⁵¹. Doch kommt dann statt dessen das Mordmerkmal eines „sonstigen niedrigen Beweggrundes“ in Betracht¹⁵².

c) Was das problematische *Zusammentreffen von Verdeckungsabsicht mit bedingtem Tötungsvorsatz* betrifft, haben sich zeitweilig vermutete Einschränkungstendenzen¹⁵³ inzwischen als bloße Präzisierung bereits früher angelegter Rechtsprechung herausgestellt. Danach ist Verdeckungsabsicht durchaus mit nur bedingtem Tötungsvorsatz vereinbar, es sei denn, daß „die vom Täter erstrebte Verdeckung einer Straftat nach seiner Vorstellung nur durch die Tötung des Opfers erreicht werden kann“¹⁵⁴. Letzteres liegt insbesondere dann nahe, wenn das Opfer getötet wird, um es an einer Anzeige zu hindern; denn dafür hätte dessen bloße Bewußtlosigkeit nur genügt, wenn die Täter sicher sein konnten, daß es sie später nicht würde identifizieren können. Sofern sich also ein Täter erkannt glaubt, hätte ihn nur die Tötung des Opfers sicher vor einer Anzeige schützen können. Für einen solchen Fall ist die Annahme der Verdeckungsabsicht mit nur bedingtem Tötungsvorsatz nicht zu vereinbaren¹⁵⁵.

III. Totschlag (§ 212 StGB)

1. Tötungsvorsatz

Soweit sich der BGH mit Totschlag als solchem (§ 212 I) zu befassen hatte – und das war im Vergleich zu § 211 ohnehin nur selten der Fall –, ging es meist um die Feststellung des Tötungsvorsatzes¹⁵⁶. Dabei traten (hier interessierende) *tötungsspezifische* Aspekte allenfalls im Hinblick auf *bedingten* Vorsatz auf. Diesen sieht der BGH nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Täter lediglich eine Lektion erteilen wollte; denn „mit dem Willen, dem Verletzten eine spürbare Belehrung zu erteilen, ist durchaus vereinbar, daß der Täter an die Möglichkeit dachte, diese Art der ‚Belehrung‘ könne u. U. zum Tode führen, und daß er den Eintritt dieses für möglich gehaltenen Erfolges billigte“, und zwar auch dann, wenn er sich bei Beginn des Zustechens keine Gedanken darüber macht, wie oft er zustechen will. Dieser Annahme steht oft nicht entgegen, daß der Täter im Verlaufe des Zustechens

Angst bekommt, weil er Blut sieht und deshalb von weiteren Stichen abläßt¹⁵⁷. Im gleichen Sinne wurde bei einem auf Zufügung eines „Denkzettels“ gerichteten Willen für ausreichend erachtet, daß „das Tatgeschehen konkrete Umstände eines für das Opfer lebensbedrohlichen Vorgehens des Angeklagten enthielt“¹⁵⁸.

2. „Besonders schwerer Fall des Totschlags“ (§ 212 II)¹⁵⁹

In den ohnehin wenigen – nämlich nur drei – Fällen, in denen sich der BGH mit einer Verurteilung nach § 212 II¹⁶⁰ bzw. einer darauf zielenden Revision der Staatsanwaltschaft¹⁶¹ zu befassen hatte¹⁶², kam es jeweils zur Verneinung des Erschwerungsgrundes.

In Anwendung der *allgemeinen Grundsätze* zum „besonders schweren Fall“¹⁶³ setzt § 212 II nicht nur voraus, „daß das Unrecht der Tat außergewöhnlich und zwar so groß (ist), daß der Normalstrafrahmen von hier immerhin 15 Jahren Freiheitsentzug nicht mehr genügt“, sondern daß „auch die Schuld des Täters (vor allem: seine Fähigkeit, sich im Sinne der Unrechtskenntnis zu motivieren) entsprechend gesteigert ist“: Gegenüber dieser Annahme hätte nicht nur die homoerotische „Zweierbeziehung“ zwischen Täter und Opfer, sondern auch der Umstand, daß der Tat zornregende Beschimpfungen durch das Opfer vorausgegangen waren, zu weiteren Feststellungen drängen müssen¹⁶⁴.

Auch daß § 212 II ausgeschlossen wird, soweit „noch ein *af-fektbedingt* im Umfang des § 21 StGB eingeschränktes Hemmungsvermögen vorlag“¹⁶⁵, verdient Zustimmung¹⁶⁶ – wobei freilich offen bleibt, inwieweit darin bereits eine Tendenzwende zu erblicken ist¹⁶⁷.

Auch gegenüber der naheliegenden Anwendung von § 212 II bei „*mordmerkmalnahen*“ *Tatmodalitäten*¹⁶⁸ zwingt das Schuldprin-

142) Vgl. auch M.-K. Meyer, JR 1979, 441/488.

143) Dazu krit. M.-K. Meyer aaO 489; ferner Köhler GA 1980, 121/8. Vgl. aber demgegenüber auch Eser, DJT-Gutachten D 177 f.

144) BGH – 1 StR 153/79 (Fst o. Fußn. 5); BGH – 2 StR 426/79 (Fst o. Fußn. 133).

145) BGH – 5 StR 142/80 v. 6. 5. 1980.

146) Vgl. auch die Kritik von Köhler, JZ 1981, 548 f.

147) BGH – 1 StR 153/79 (Fst o. Fußn. 5).

148) BGH – 5 StR 254/79 v. 19. 6. 1979; BGH – 5 StR 800/78 (Fst o. Fußn. 5).

149) Krit. auch M.-K. Meyer, JR 1979, 489 gegenüber derartigen „äußeren“ Zäsuren.

150) So bereits BGHSt 11, 226.

151) BGH – 2 StR 426/80 v. 1. 10. 1980.

152) Vgl. o. II 4 d.

153) Eser, DJT-Gutachten D 178 Fußn. 104 m. w. Nachw.

154) BGH – 5 StR 308/80 v. 23. 9. 1980 mit Verweis auf BGHSt 21, 283/4 und BGH – 1 StR 404/78 v. 24. 10. 1978.

155) BGH – 3 StR 390/80 (Fst o. Fußn. 126).

156) BGH – 1 StR 188/79 v. 29. 5. 1979; BGH – 1 StR 572/80 v. 16. 12. 1980; BGH – 4 StR 116/79 v. 10. 5. 1979; BGH – 1 StR 382/79 v. 21. 8. 1979; BGH – 3 StR 201/79 v. 12. 9. 1979; BGH – 4 StR 564/79 v. 31. 10. 1979; BGH – 1 StR 658/80 v. 4. 12. 1980; BGH – 3 StR 391/80 v. 10. 12. 1980; BGH – 1 StR 777/80 v. 10. 2. 1981; BGH – 3 StR 82/81 v. 20. 3. 1981.

157) BGH – 1 StR 188/79 v. 29. 5. 1979.

158) BGH – 1 StR 572/80 v. 16. 12. 1980 mit Verweis auf BGH – 1 StR 404/76 v. 26. 10. 1976 = b. Holtz, in: MDR 1977, 105. – Zum Konkretisierungsgrad des Vorsatzes vgl. BGH – 1 StR 28/81 v. 7. 4. 1981 = b. Holtz, in: MDR 1981, 630.

159) Zu dessen *Verfassungsmäßigkeit* nach Art. 103 Abs. 1 GG vgl. BVerfG JR 1979, 28 m. krit. Anm. Bruns.

160) BGH – 4 StR 357/80 v. 24. 7. 1980.

161) BGH – 5 StR 439/80 v. 14. 10. 1980; BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27), wobei bemerkenswerterweise in beiden Fällen bereits der Generalbundesanwalt der Revision der örtlichen Staatsanwaltschaft die Unterstützung versagt hatte.

162) Und diese geringe Quote bestätigt durchaus die bisherigen Erfahrungen: vgl. Eser, DJT-Gutachten D 36, 194.

163) Vgl. BGHSt 5, 124/130.

164) BGH – 4 StR 357/80 v. 24. 7. 1980.

165) BGH – 5 StR 439/80 v. 14. 10. 1980.

166) Vgl. Horn, SK § 211 Rdnr. 37.

167) Denn nach BGH – 5 StR 330/65 v. 21. 9. 1965 und BGH – 5 StR 331/78 v. 25. 7. 1978 soll die Zubilligung von § 21 einer Annahme von § 212 Abs. 2 nicht entgegenstehen (ebenso Dreher-Tröndle § 212 Rdnr. 3).

168) Vgl. etwa BGH b. Holtz, in: MDR 1977, 638 sowie Eser, in: Schönke-Schröder § 212 Rdnr. 12 m. w. Nachw.

zip zur Zurückhaltung: Wie etwa dort, wo die Annahme eines „niedrigen“ Beweggrundes an schuldbezogenen Umständen scheitert; denn: „Findet die zur Aburteilung stehende Tötung gerade in einer besonderen, die Mordqualifikation ausschließenden Persönlichkeitsstruktur ihre charakteristische Prägung, ohne daß in dem Sachverhalt gravierende sonstige Besonderheiten gegeben sind, die eine lebenslange Freiheitsstrafe nahelegen, so kann die Nähe des objektiven Sachverhalts zum Mord kaum zur Anwendung des § 212 II StGB führen“¹⁶⁹.

IV. Minder schwerer Fall des Totschlags (§ 213 StGB)

1. Allgemeines

Die steigende *praktische Bedeutung* dieser Strafmilderungsregel ist bereits daran zu ersehen, daß sie in nahezu einem Viertel der ausgewerteten Entscheidungen entweder zur Anwendung kam oder jedenfalls dem Tatrichter zur näheren Prüfung aufgegeben wurde¹⁷⁰.

Was ihren *Verbindlichkeitscharakter* betrifft, so wurde vom BGH jedenfalls für den benannten Fall der 1. Alt. bestätigt, daß bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen § 213 *zwingend* anzuwenden sei¹⁷¹ und daher auch eine zusätzliche Milderung nach §§ 17, 49 StGB in Betracht komme¹⁷².

Allgemein bedeutsam ist schließlich noch die Feststellung, daß die Prüfung und Annahme von § 213 nicht etwa deshalb dahingestellt bleiben kann, weil auf die Tat „letztlich“ noch das *Jugendstrafrecht* anzuwenden sei; denn dadurch würde die Bedeutung verkannt, die der gesetzlichen, durch die allgemeinen Strafdrohungen zum Ausdruck kommenden Bewertung des Tatunrechts auch bei Anwendung des Jugendstrafrechts zukommt¹⁷³.

2. Der „provizierte“ Totschlag (§ 213 Alt. 1 StGB)

a) Für die Beurteilung der *Schwere einer Beleidigung* ist grundsätzlich vom Lebenskreis der Beteiligten auszugehen, wobei für sich betrachtet weniger gewichtige Beleidigungen durch fortwährende Wiederholung zu einer schweren werden können¹⁷⁴. Dies kann auch durch wiederholte Mißachtung des Hausrechts geschehen¹⁷⁵. Gleiches gilt für den Fall, daß das Verhalten des Opfers unmittelbar vor der Tat für sich allein betrachtet keine schwere Beleidigung darstellt, aber nach einer Reihe von Kränkungen gleichsam nur noch „der Tropfen war, der das Faß zum Überlaufen brachte“¹⁷⁶.

Im übrigen kommt es für die Einschätzung der Provokation nicht darauf an, „wie der Täter die Beleidigung auffaßt, sondern darauf, ob sie *objektiv* als schwer zu beurteilen ist“¹⁷⁷. Ist das zu verneinen, so kommt allenfalls ein „sonst minder schwerer Fall“ i. S. der 2. Alt. in Betracht¹⁷⁸. Wird umgekehrt eine objektiv schwere Beleidigung subjektiv nicht als solche empfunden, so soll dennoch die 1. Alt. in Betracht kommen können, wenn der Täter dadurch zum Zorn gereizt worden ist und sich hierdurch zur Tat hat hinreißen lassen¹⁷⁹.

b) Ob der Täter *ohne eigene Schuld* provoziert worden ist, wenn der tatauflösenden Kränkung durch das Opfer langdauernde, auch vom Täter (mit)verschuldete Auseinandersetzungen vorausgegangen sind, wird bislang nicht einheitlich beantwortet: Während die h. M. früheres Mitverschulden unberücksichtigt läßt und § 213 I. Alt. nur dann ausschließt, wenn der Täter *gerade zur Tatzeit* schuldhaft Veranlassung für die Provokation des Täters gab¹⁸⁰, waren dagegen in BGHSt 21, 14/6 Zweifel angemeldet worden. Ohne dazu abschließend Stellung zu nehmen, hat der BGH den herrschenden Standpunkt, daß „der Täter gerade die ihm von dem Opfer zugefügte Kränkung durch sein Verhalten in dem gegebenen Augenblick verschuldet haben muß“¹⁸¹, jedenfalls für die Fälle bestätigt (und damit früheres Fehlverhalten für unbeachtlich erklärt), „in denen die Kränkung des Täters dessen Tat unmittelbar vorangeht“¹⁸².

Daß der Täter *nicht unvorbereitet* in die Tatsituation geraten ist, weil er seine leichte Erregbarkeit und Gefährlichkeit aus den Vorverurteilungen kenne, braucht er sich nur dann entgegenhalten zu lassen, wenn er damit rechnen mußte, mit dem Opfer in eine Auseinandersetzung zu geraten¹⁸³. Ist die Kränkung durch das Opfer darauf zurückzuführen, daß sich der Täter einer Adoptionsfreigabe seines Kindes widersetzt, so ist darin – weil eher billigenwert und verständlich – keine schuldhaft Veranlassung zu erblicken¹⁸⁴.

c) Dafür, daß der Täter durch die Provokation *zum Zorne gereizt und hierdurch zur Tat hingerissen* worden ist, genügt, daß „die Tötung unter dem beherrschenden Einfluß einer anhaltenden Erregung über die widerfahrene Kränkung ausgeführt worden ist“¹⁸⁵; dies setzt nicht unbedingt das Handeln in einem die Schuldfähigkeit vermindernenden Affekt voraus. Daß der Täter nicht aus „gerechtem Zorn“ über die Kränkung seiner Ehre, sondern aus „narzistischer Wut“ gehandelt hat, eine solche – nämlich normativ wertende – Differenzierung der Motivlage des Täters hat der BGH, da in § 213 nicht vorgesehen, zurückgewiesen; denn entscheidend sei allein, daß der Täter durch die Kränkung in eine heftige Gemütsbewegung geraten und dadurch zur Tat hingerissen worden ist¹⁸⁶. Dabei ist eine abnorme Charakterstruktur des Beleidigten (wie etwa übersteigertes Selbstwertgefühl) nur insoweit von Bedeutung, als eine dadurch veranlaßte Überreaktion des Täters auf eine harmlose Kränkung nicht zur Anwendung von § 213 führen kann.

d) *Auf der Stelle* zur Tat hingerissen kann der Täter auch durch Vorgänge sein, die zeitlich länger zurückliegen, vorausgesetzt, daß er noch unter dem Einfluß der auf die Beleidigung zurückzuführenden Gemütsbewegung stand¹⁸⁷. Eine solche Gemütsbewegung kann sich über mehrere Stunden hinziehen, wenn sich der Täter bis zur Tat unablässig mit dem provozierenden Vorfall beschäftigt¹⁸⁸.

e) Die zwischen dem provozierenden Affekt und der Tötung erforderliche *Kausalität* ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß neben der Reizung zum Zorn auch *andere Motive* (wie Haß oder Rache) zur Tatauslösung beigetragen haben, sofern sie den Zorn nicht in eine unerhebliche Rolle verdrängt haben¹⁸⁹.

169) BGH – 3 StR 403/80 (Fst o. Fußn. 27).

170) Insofern wird die bereits von den Tatgerichten praktizierte Anwendungshäufigkeit, die 1977/78 in Baden-Württemberg und Berlin bei rund 18% bzw. 19% aller Tötungsverurteilungen lag (vgl. Eser, DJT-Gutachten D 58), durch den BGH noch weiter verstärkt.

171) So im Anschluß an BGHSt 25, 222 – und entgegen der auch bei § 213 dem Richter eine Gesamtwürdigung aller Tatumstände auferlegenden Lehre (vgl. Eser, in: *Schönke-Schröder* § 213 Rdnr. 14, *Horn*, SK § 213 Rdnr. 10) – BGH – 2 StR 147/79 v. 13. 6. 1979 = b. *Holtz*, in: MDR 1979, 987. Vgl. aber demgegenüber auch BGH – 2 StR 581/79 v. 7. 11. 1979, wonach auch die Entscheidung über den minder schweren Fall der Provokation „das Gesamtbild von Täter und Tat“ nicht außer Betracht bleiben könne.

172) Diese Schlußfolgerung ist selbstverständlich auch nach der zuvor genannten Gegenmeinung (Fußn. 171) nicht ausgeschlossen, sofern sich die Anwendbarkeit von § 213 bereits aus anderen Gründen als denen des § 17 ergibt. Vgl. im übrigen zum Problem der „Doppelmilderung“ auch u. IV 2f., 3b a. E.

173) BGH – 2 StR 656/79 v. 31. 10. 1979.

174) BGH – 1 StR 834/80 v. 24. 2. 1981 = StV 1981, 234 = b. *Holtz*, in: MDR 1981, 631.

175) BGH – 1 StR 296/79 v. 31. 7. 1979 = b. *Holtz*, in: MDR 1979, 987.

176) BGH – 1 StR 759/79 v. 15. 1. 1980; im gleichen Sinne bereits BGH – 2 StR 522/78 v. 31. 1. 1979 = b. *Holtz*, in: MDR 1979, 456, ferner BGH – 1 StR 581/79 v. 4. 12. 1979, BGH – 1 StR 93/80 v. 11. 3. 1980.

177) BGH – 3 StR 42/81 v. 13. 5. 1981 = NStZ 1981, 300; ebenso BGH – 1 StR 834/80 (Fst o. Fußn. 174).

178) BGH – 5 StR 439/80 v. 14. 10. 1980.

179) BGH – 3 StR 42/81 (Fst o. Fußn. 177).

180) So u. a. bereits RG, JW 1930, 919; weitere Nachw. bei *Jähnke*, LK § 213 Rdnr. 10.

181) So BGH – 4 StR 663/80 v. 15. 1. 1981 = NStZ 1981, 140.

182) BGH – 3 StR 42/81 (Fst o. Fußn. 177).

183) BGH – 1 StR 834/80 (Fst o. Fußn. 174).

184) BGH – 1 StR 583/79 v. 4. 12. 1979.

185) BGH – 1 StR 93/80 v. 11. 3. 1980. Vgl. auch BGH – 3 StR 42/81 (Fst o. Fußn. 177). Zu dadurch auftretenden Abgrenzungsproblemen gegenüber § 21 vgl. Eser, DJT-Gutachten D 132ff.

186) BGH – 1 StR 834/80 (Fst o. Fußn. 174). Vgl. aber demgegenüber auch *Geilen*, JR 1978, 343 und Eser, in: *Schönke-Schröder* § 213 Rdnr. 11.

187) BGH – 5 StR 549/80 v. 4. 11. 1980; vgl. auch BGH – 3 StR 329/80 v. 24. 9. 1980; BGH – 1 StR 834/80 (Fst o. Fußn. 174).

188) Vgl. BGH – 1 StR 93/80 v. 11. 3. 1980 (Vorfall 18.30 Uhr – Tatzeit 20.20 Uhr), aber auch BGH – 1 StR 642/79 v. 4. 12. 1979, wo § 213 I. Alt. abgelehnt wurde, da zwischen Kränkung und Tat eine ganze Nacht lag, ohne daß währenddessen der Täter ununterbrochen von anhaltender Erregung beherrscht gewesen sei.

189) BGH – 4 StR 430/80 v. 3. 12. 1980 mit Verweis auf BGH, NJW 1977, 2086; im gleichen Sinne BGH – 1 StR 296/79 (Fst o. Fußn. 175), BGH – 3 StR 427/79 (Fst o. Fußn. 49), BGH – 3 StR 329/80 v. 24. 9. 1980.

f) Für das *Verhältnis zur verminderten Schuldfähigkeit* (§ 21 StGB) ist bedeutsam, daß selbst dann, wenn die Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit gerade in dem durch die Reizung zum Zorn ausgelösten Affekt ihre Ursache hat, sowohl eine Strafmilderung nach § 213 1. Alt. wie auch nach §§ 21, 49 in Betracht kommt; denn „das Verbot der Doppelverwertung von Milderungsgründen (§ 50 StGB) greift in den Fällen, in denen die 1. Alt. des § 213 StGB unabhängig von dem Grad der Schuldfähigkeit des Täters zu bejahen ist, nicht ein“¹⁹⁰.

3. „Sonst minder schwerer Fall“ (§ 213 Alt. 2 StGB)

Die Bedeutung dieser *unbenannten* Strafmilderungsklausel wird immer größer, nachdem sich der in Alt. 1 benannte Provokationsfall motivationspsychologisch als zu eng erwiesen hat, um allen privilegierungsbedürftigen Motivationslagen Rechnung tragen zu können¹⁹¹.

a) Grundsätzlich kann ein solcher minder schwerer Fall angenommen werden, „wenn Umstände objektiver oder subjektiver Art vorliegen, welche die Anwendung des Regelstrafrahmens (d. i. des § 212 StGB) nicht angebracht erscheinen lassen, weil sie die Strafwürdigkeit im Vergleich zu den erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden und bei der Bestimmung des ordentlichen Strafrahmens schon bedachten Fällen verringern“, wobei eine *Gesamtbetrachtung* aller Umstände, die für die Wertung von Tat und Täter bedeutsam sein können, anzustellen ist und alle wesentlichen entlastenden und belastenden Tatsachen gegeneinander abzuwägen sind¹⁹². Bei dieser Prüfung sind alle für die Wertung von Tat und Täter in Betracht kommenden Gesichtspunkte heranzuziehen, „gleichgültig, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder folgen“¹⁹³. Das Vorliegen eines solchen Falles von der Vergleichbarkeit mit den Provokationsfällen abhängig zu machen, wird als bedenklich bezeichnet¹⁹⁴. Dementsprechend kann es hier nicht auf eine ursächliche Verknüpfung zwischen Provokation und Tatentschluß ankommen¹⁹⁵.

b) Im Falle *verminderter Schuldfähigkeit* (§ 21 StGB) ist grundsätzlich die Prüfung eines „sonst minder schweren Falles“ i. S. von § 213 Alt. 2 StGB geboten, da ein solcher Fall „schon *allein* durch erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters begründet werden kann“¹⁹⁶. Soweit jedoch die Schuldfähigkeitsminderung auf alkoholischer Beeinflussung beruht, findet sich jeweils der einschränkende Vorbehalt, daß „das Bild der Tat angesichts der verminderten Schuldfähigkeit des Täters aus den sonstigen Erscheinungsformen des Totschlags so wesentlich herausfällt, daß der – wenn auch nach § 49 StGB gemilderte – Strafrahmen des § 212 StGB nicht schuldangemessen ist“¹⁹⁷. Demzufolge ist ein Urteil schon dann als rechtsfehlerhaft zu bezeichnen, wenn es im Falle verminderter Schuldfähigkeit nicht erkennen läßt, daß § 213 in Betracht gezogen wurde¹⁹⁸. Ausdrückliche Feststellungen dazu sollen allerdings dann entbehrlich sein, wenn im Hinblick auf die planvolle Tatvorbereitung und kaltblütig-grausame Tatausführung die Annahme eines minder schweren Falles so fern liegt, daß selbst unter Berücksichtigung verminderter Schuldfähigkeit der Tatrichter die schuldangemessene Strafe nur dem Regelstrafrahmen glaubte entnehmen zu können¹⁹⁹. Andererseits ist aber dabei zu beachten (und damit denn doch eine entsprechende Auseinandersetzung in den Urteilsgründen erforderlich), ob die den Zustand des Täters (hohes Maß an Aggressivität) und die Art der Tatausführung (Brutalität) kennzeichnenden Umstände nicht gerade Folge seiner verminderten Schuldfähigkeit waren²⁰⁰. Deshalb kommt auch ein Ausschluß von § 213, weil der Täter seinen schuldfähigkeitsmindernden affektiven Spannungszustand selbst herbeigeführt habe, nur in Betracht, wenn ihm dies als schuldhaft vorzuwerfen ist, indem er etwa seine Eifersucht nachgewiesenermaßen gezielt geschürt hat²⁰¹.

Zur Frage einer *doppelten Milderung* nach § 213 und §§ 21, 29, wie sie bei der 1. Alt. praktisch uneingeschränkt möglich ist²⁰², ist hier folgendes zu beachten: Einem solchen Verfahren steht auch bei der 2. Alt. nichts im Wege, wenn – unabhängig von der verminderten Schuldfähigkeit – bereits andere Umstände für sich allein betrachtet die Annahme eines minder schweren Falles begründen²⁰³. Wird dagegen die verminderte Schuldfähigkeit zur Begründung eines minder schweren Falles i. S. der 2. Alt. von § 213 (mit)herangezogen, so steht einer nochmaligen Milderung nach §§ 21, 49 StGB das Doppelverwertungsverbot des § 50

StGB entgegen²⁰⁴. In diesem Falle muß das Urteil erkennen lassen, ob sich der Tatrichter der Möglichkeit bewußt war, zwischen einer Strafrahmenmilderung nach den §§ 21, 49 StGB und der Annahme eines minder schweren Falles nach § 213 StGB zu wählen²⁰⁵.

c) Als *sonstige Milderungsgründe* ließ der BGH – über § 21 StGB hinaus – beispielsweise folgende Faktoren in Betracht kommen: Unreife und Affektlabilität²⁰⁶, unglückliche Ehe mit häufigem Streit aus ungeklärtem Anlaß²⁰⁷, Versuch zur Rettung der Familie²⁰⁸, überwiegend vom Opfer verschuldete lange Leidenszeit des Täters²⁰⁹, unvorbereitete Konfrontation mit dem Trennungsbegehren des Ehepartners²¹⁰, vermeintlich altruistisches Handeln im Interesse des Opfers²¹¹. Auch daß der Täter lediglich mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat, könne mildernd mitberücksichtigt werden²¹².

V. Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)

Dazu liegt nur eine einzige Entscheidung vor, die sich mit dem Merkmal der *Ernstlichkeit* des Tötungsverlangens zu befassen hatte: Dafür ist ein Verlangen erforderlich, „das auf fehlerfreier Willensbildung beruht. Der seinen Tod verlangende Mensch muß die Urteilskraft besitzen, um Bedeutung und Tragweite seines Entschlusses verstandesmäßig zu erblicken und abzuwägen“, wobei es allein auf die natürliche Einsichts- und Urteilskraft ankommt²¹³. Diese war im Hinblick darauf zu verneinen, daß sich das Opfer bei der wiederholten Äußerung seiner Todeswünsche – für den Täter erkennbar – in einem die freie Selbstbestimmung ausschließenden akuten krankhaften Zustand befunden hat.

VI. Kindestötung (§ 217 StGB)

Dazu ist für den Berichtszeitraum Fehlanzeige zu vermelden, was auch durchaus einem schon seit längerem zu beobachtenden Trend entspricht²¹⁴.

190) BGH – 2 StR 581/79 v. 7. 11. 1979 m. w. Nachw.; im gleichen Sinne BGH – 3 StR 329/80 v. 24. 9. 1980. Vgl. aber auch o. IV 2 zu Fußn. 187.

191) Näher dazu Eser, DJT-Gutachten D 123 ff., insbes. D 129 f., 145 f.

192) So BGH – 1 StR 428/79 v. 2. 10. 1979 = GA 1980, 143 m. w. Nachw. Im gleichen Sinne BGH – 4 StR 149/79 v. 3. 5. 1979; BGH – 1 StR 414/79 v. 28. 8. 1979.

193) BGH – 1 StR 93/80 v. 11. 3. 1980 m. w. Nachw.

194) BGH – 2 StR 656/79 v. 31. 10. 1979. Vgl. aber auch Dreher-Tröndle, § 213 Rdnr. 2b.

195) BGH – 2 StR 162/80 v. 9. 5. 1980.

196) So i. S. der st. Rspr. BGH – 2 StR 162/80 v. 9. 5. 1980; im gleichen Sinne BGH – 2 StR 643/79 v. 12. 12. 1979 = b Holtz, in: MDR 1980, 455; BGH – 3 StR 181/80 v. 13. 5. 1980, BGH – 3 StR 328/80 v. 2. 9. 1980, BGH – 2 StR 368/80 v. 10. 9. 1980, BGX – 3 StR 423/80 (Fst o. Fußn. 105).

197) So BGH – 4 StR 149/79 v. 3. 5. 1979; ebenso BGH – 3 StR 484/79 v. 11. 1. 1980, BGH – 1 StR 42/80 v. 11. 3. 1980, BGH – 2 StR 616/80 v. 17. 12. 1980.

198) Vgl. insbes. BGH – 1 StR 377/79 v. 28. 8. 1979, BGH – 2 StR 560/79 v. 25. 10. 1979, BGH – 2 StR 162/80 v. 9. 5. 1980, BGH – 3 StR 181/80 v. 13. 5. 1980, BGH – 2 StR 368/80 v. 10. 9. 1980.

199) Vgl. BGH – 2 StR 616/80 v. 17. 12. 1980, ferner BGH – 4 StR 318/80 v. 10. 7. 1980.

200) BGH – 3 StR 89/81 v. 23. 3. 1981.

201) BGH – 1 StR 642/79 v. 4. 12. 1979.

202) Vgl. o. 2e.

203) BGH – 3 StR 484/79 v. 11. 1. 1980, BGH – 1 StR 414/79 v. 28. 8. 1979, BGH – 3 StR 433/80 (Fst o. Fußn. 54).

204) BGH – 3 StR 484/79 v. 11. 1. 1980.

205) So im Anschluß an BGHSr 16, 360 BGH – 3 StR 423/80 (Fst o. Fußn. 105). Vgl. auch BGH – 3 StR 459/80 v. 14. 1. 1981.

206) BGH – 1 StR 428/79 v. 2. 10. 1979.

207) BGH – 3 StR 186/81 v. 12. 6. 1981.

208) BGH – 1 StR 759/79 v. 15. 1. 1980.

209) BGH – 1 StR 377/79 v. 28. 8. 1979.

210) BGH – 3 StR 423/80 (Fst o. Fußn. 105). Vgl. auch BGH – 1 StR 428/79 v. 2. 10. 1979, BGH – 1 StR 414/79 v. 28. 8. 1979.

211) BGH – 3 StR 433/80 (Fst o. Fußn. 54).

212) BGH – 1 StR 428/79 v. 2. 10. 1979.

213) BGH – 4 StR 480/80 (Fst o. Fußn. 23).

214) Vgl. Eser, DJT-Gutachten D 148.