

Bundesgerichtshof

BESCHLUSS

§§ 38, 49, 211 StGB

- 1. Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen. Es ist jedoch der Strafraumen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB 1975 anzuwenden.**
- 2. Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn" (vgl. BGH MDR 1961, 1027) auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche außergewöhnliche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.**

BGH, Urteil vom 19.05.1981, GSSt 1/81

Gründe:

I.

1

Der 4. Strafsenat hat gemäß § 137 GVG dem Großen Senat für Strafsachen folgende Rechtsfrage vorgelegt:

2

Ist im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 das Mordmerkmal der Heimtücke entgegen den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen BGHSt 9, 385 und 11, 139 zu verneinen, wenn der Täter zur Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist?

II.

3

1. In dem Verfahren, das Anlaß zur Anrufung des Großen Senats gegeben hat, ist vom Tatgericht folgender Sachverhalt festgestellt worden:

4

Im Januar 1978 drang Sahap S. in die Wohnung des Angeklagten, seines Neffen, ein und nötigte dessen Ehefrau mit vorgehaltener Pistole zum außerehelichen Beischlaf. Auf Grund dieser Vergewaltigung löste sich die Ehefrau des Angeklagten innerlich von ihm, weil es sein Onkel war, der sich an ihr vergangen hatte. Sie versuchte, die Scheidung ihrer bis dahin harmonischen Ehe zu erreichen. Erst im Oktober 1978 offenbarte sie dem Angeklagten, was geschehen war.

5

Der Angeklagte, wie sein Onkel türkischer Staatsangehöriger, war fassungslos, weinte vor Verzweiflung und sagte seiner Frau, er werde Rache nehmen. Er stellte seinen Onkel in der Folgezeit jedoch nicht zur Rede. Wegen der ihr angetanen Schmach unternahm die Frau des Angeklagten drei Selbstmordversuche, den letzten Ende Februar 1979. Am Vormittag des 3. März 1979 trafen Sahap S. und der Angeklagte zufällig auf der Straße zusammen. Der Angeklagte forderte die Rückzahlung eines Restdarlehens. Sahap S. soll sich daraufhin mit der von ihm begangenen Vergewaltigung gebrüstet und geäußert haben, er werde auch den Angeklagten "vögeln" und ihn töten. Der Angeklagte solle verschwinden. Es kann sein, daß Sahap S. dem Angeklagten eine in Papier gewickelte Pistole oder einen wie eine Pistole wirkenden anderen Gegenstand vor das Gesicht hielt und dabei sagte, der Angeklagte solle nach Hause gehen, er lebe "noch zwei Wochen, zwei Tage oder zwei Stunden". Daheim überdachte der Angeklagte die Situation. Er vergegenwärtigte sich, daß Sahap S. eine Belastung für ihn und seine Ehe darstellte und daß der Onkel seine Ehre und die Ehre seiner Frau gröblichst verletzt hatte. Der Angeklagte faßte den Entschluß, Sahap S. zu töten. Er steckte eine Selbstladepestole ein und eröffnete seiner Frau: "Heute ist sein letzter Tag, ich werde ihn umbringen, wenn ich ihn treffe." Dann ging er zu einem Lokal, in dem er seinen Onkel vermutete und tatsächlich antraf. Sahap S. spielte mit drei türkischen Landsleuten Karten. Der Angeklagte grüßte zu ihm hin und stellte sich an die Theke. Er nahm wahr, daß sein Onkel seine ungeteilte Aufmerksamkeit dem Kartenspiel widmete und war sich bewußt, daß Sahap S. "keinerlei Angriff" von ihm erwartete. Das war dem Angeklagten "durchaus recht". Er zog die Pistole und feuerte 14 bis 16 Schuß auf seinen Onkel ab, der tödlich getroffen wurde.

6

2. Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Es hat angenommen, daß er Sahap S. heimtückisch tötete.

7

Der 4. Strafsenat hat gegen diese Annahme rechtliche Bedenken. Er möchte der Sachbeschwerde des Angeklagten stattgeben. Zur Fortbildung des Rechts hält er jedoch eine Entscheidung des Großen Senats über die von ihm formulierte Rechtsfrage für erforderlich. Zur Begründung seiner Auffassung hat der 4. Strafsenat ausgeführt:

8

Auf Grund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord vom 21. Juni 1977 (BVerfGE 45, 187) könne "Heimtücke als Merkmal besonders verwerflicher Tatausführung nicht schon in jedem Ausnutzen wie auch immer begründeter Arg- und Wehrlosigkeit aus wie auch immer gearteten Motiven gesehen werden". Heimtücke liege jedenfalls dann nicht vor, "wenn der Täter ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen von dem später Getöteten zugefügte Mißhandlung, schwere Beleidigung oder Todesdrohung zu der Tat veranlaßt worden und die Art seiner Tatausführung nicht Ausdruck von Verschlagenheit ist". Die genannten Tatanlässe stellen in der Regel erheblich ins Gewicht fallende strafmildernde Umstände dar. Bei Totschlag könnten sie zur Annahme eines minder schweren Falles (§ 213 StGB) führen.

9

Der 4. Strafsenat folgert:

10

Was Sahap S. dem Angeklagten und dessen Ehefrau angetan habe, schließe es aus, die Tat des Angeklagten "als besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig)" zu werten. Sie vermöge deshalb "bei Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht zu rechtfertigen".

11

Der 4. Strafsenat bemerkt abschließend:

12

Die Rechtsauffassung, die der Große Senat in früheren Entscheidungen (BGHSt 9, 385 und 11, 139) vertreten habe, stehe zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem kaum auflösbaren Widerspruch. Diese Rechtsauffassung würde zur Verwerfung der Revision und damit zur Bestätigung einer Strafe führen, die der 4. Strafsenat für unverhältnismäßig hoch halte. Zwar sei er der Auffassung, daß die früheren Entscheidungen des Großen Senats durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts "ihrer Bindungswirkung entkleidet" worden sind. Aber der von ihm formulierten Vorlegungsfrage komme grundsätzliche Bedeutung zu und die Entscheidung des Großen Senats in dieser Frage sei zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

13

3. Der Generalbundesanwalt hat vorgeschlagen, die dem Großen Senat vorgelegte Rechtsfrage wie folgt zu beantworten:

14

Auch im Hinblick auf die Entscheidung BVerfGE 45, 187 kann das Mordmerkmal der Heimtücke entsprechend den Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen in BGHSt 9, 385 und 11, 139 bejaht werden, wenn der Täter zu der Tat dadurch veranlaßt worden ist, daß das Opfer ihn oder einen nahen Angehörigen schwer beleidigt, mißhandelt und mit dem Tode bedroht hat, und die Tatausführung über die bewußte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers hinaus nicht besonders verwerflich (tückisch oder hinterhältig) ist.

15

Der Generalbundesanwalt hat seinen Vorschlag im wesentlichen wie folgt begründet:

16

Eine Einschränkung des Mordtatbestands, wie sie der vorlegende Senat erstrebe, sei von Verfassungs wegen nicht geboten. Das Bundesverfassungsgericht habe in den Entscheidungen zur absoluten Strafdrohung des § 211 StGB die von der Rechtsprechung bisher nicht zugelassene Prüfung der besonderen Verwerflichkeit der Tat nicht als notwendige Voraussetzung einer verfassungskonformen Anwendung des Tatbestands angesehen. Es habe diese Prüfung nur als eine von mehreren Möglichkeiten restriktiver Gesetzesauslegung genannt. Soweit das

Bundesverfassungsgericht darüberhinaus mit dem Begriff der besonderen Verwerflichkeit der Tat Schuldangemessenheit und Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe "zum Ausdruck gebracht" habe, handele es sich nicht um ein Kriterium, das bei der Auslegung und Anwendung des Mordtatbestands im Einzelfall von Verfassungs wegen unabdingbar sei. Denn die besondere Verwerflichkeit der Tat "als Rechtfertigung des Gesetzgebers, einen gesonderten, mit erhöhter absoluter Strafdrohung ausgestatteten Tötungstatbestand zu schaffen", sei nicht gleichzusetzen mit einem bei dessen Auslegung im Einzelfall erforderlichen, ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal. Die vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich gebilligte absolute Strafdrohung und das Erfordernis generalisierender Strafgesetze schlossen Abweichungen vom "Musterfall" eines typischen Mordes notwendigerweise ein.

17

Ausgangspunkt einer verfassungskonformen Begrenzung des Tatbestandsmerkmals "Heimtücke" sei demnach allein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Wenn ganz außergewöhnliche Umstände in der Tat oder der Person des Täters nicht erkennbar seien, die eine lebenslange Freiheitsstrafe im Blick auf den Schuldgrundsatz als unvertretbar erscheinen ließen, habe der Strafrichter von den grundlegenden Wertungen des Gesetzgebers auszugehen und die lebenslange Freiheitsstrafe für schuldangemessen zu erachten. Außergewöhnliche Gründe, die der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungs wegen entgegenstünden, weise der Vorlegungsfall nicht auf.

III.

18

1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem genannten Urteil eine "am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte restriktive Auslegung" der Tatmodalitäten der Heimtücke und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat als eine der Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord angesehen (BVerfGE 45, 187 Leitsätze 1 und 4). Seiner Auffassung liegt der folgende Gedankengang zugrunde:

19

Strafdrohungen müßten in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen. Wo die tatbestandsmäßige Handlung und ihr Erfolg verschiedene Grade der Schwere des Unrechts und des Verschuldens aufweisen können, müsse dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit flexibler Reaktion eingeräumt werden. Nach der geltenden Fassung des Mordtatbestands stelle sich insbesondere die Frage, ob es mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei, für jeden Fall der heimtückischen Tötung und der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ausschließlich lebenslange Freiheitsstrafe anzudrohen (BVerfGE aaO S. 260). Diese Androhung sei in der Rechtswirklichkeit allerdings weniger absolut, als es auf den ersten Blick den Anschein habe. Berücksichtige man die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs - insbesondere die Strafmilderungsmöglichkeiten bei verminderter Schuldfähigkeit (§§ 21, 49 Abs. 1 StGB) und bei versuchtem Mord (§§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) - und die Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes (insbesondere § 106 Abs. 1 JGG), so zeige sich, daß der Gesetzgeber es schon durch allgemeine strafrechtliche Regelungen ermögliche, besonderen Umständen in der Person des Täters oder in der Tat Rechnung zu tragen. Auf Grund dieser Regelungen und im Wege einer verfassungskonformen restriktiven Auslegung des § 211 StGB, insbesondere der Mordmerkmale "heimtückisch" und "um eine andere Straftat zu verdecken", könne der Richter im Einzelfall zu einer Strafe kommen, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei (BVerfGE aaO S. 261).

20

Das Bundesverfassungsgericht erkennt zwar an, daß die Rechtsprechung die genannten Mordmerkmale "schon bislang einschränkend ausgelegt" habe (BVerfGE aaO S. 262). Es nimmt aber dennoch an, daß auf der Grundlage der bisherigen Interpretation des § 211 StGB unverhältnismäßige Härte "in einzelnen Grenzfällen" nicht ausgeschlossen sei, wenn und weil ihnen "nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet, das einen lebenslangen Freiheitsentzug als verhältnismäßig erscheinen läßt" (BVerfGE aaO S. 266).

21

Der Große Senat für Strafsachen hat bisher die Auffassung vertreten, § 211 Abs. 2 StGB umschreibe abschließend die (geschlossenen) Tatbestände der Tötungsverbrechen, die das Gesetz als besonders verwerflich beurteile; deshalb komme eine zusätzliche Verwerflichkeitsprüfung nicht in Betracht (BGHSt 9,385, 389; 11, 139, 143). Wenn das Bundesverfassungsgericht auch andeutet, daß dieser Standpunkt der Überprüfung bedarf, so läßt es doch die Frage offen, welcher Weg im einzelnen zu beschreiten ist, um sicherzustellen, daß lebenslange Freiheitsstrafe nicht in Fällen verhängt werden muß, in denen sie als unverhältnismäßig erschiene. Diesen Weg zu finden, sei die Aufgabe des für die Auslegung der Strafnormen letztlich zuständigen Bundesgerichtshofs. Er habe darüber zu entscheiden, ob der Einzelfall eine abschließende Gesamtwürdigung nach dem Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit der Tat" erfahren solle, ob das einzelne Mordmerkmal weiter einzuengen sei (das Mordmerkmal "heimtückisch" dadurch, daß man auch einen "verwerflichen Vertrauensbruch" verlange) oder ob mit Hilfe eines anderen methodischen Ansatzes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Straftatbestand und absoluter Strafdrohung Rechnung getragen werde (BVerfGE aaO S. 267).

22

2. Der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts dem Bundesgerichtshof überlassenen Aufgabe, den methodischen Weg zu bestimmen, der es ermöglicht, den Anwendungsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe so einzugrenzen, daß dem Grundsatz der schuldangemessenen, gerechten Strafe in jedem Einzelfall entsprochen werden kann (vgl. Eser JR 1981, 177, 180 Anm. 43a), hat der Große Senat sich so weit zu unterziehen, wie es die Vorlegungsfrage verlangt. Sie betrifft ausschließlich die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise. Für die in dieser Eingrenzung zu lösende Aufgabe sind weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts von Interesse. Es hat in einem Beschluß vom 24. April 1978 - 1 BvR 425/77 - (JR 1979, 28 mit Anm. von Bruns) festgestellt, daß § 212 Abs. 2 StGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist und es hat mit Beschluß vom 25. Oktober 1978 - 1 BvR 983/78 - (BVerfGE 50, 5) in einem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutigen Fall der Heimtücke gebilligt, daß das Schwurgericht dieses Mordmerkmal angenommen und den erheblich vermindert schuldfähigen Täter zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt hat, obgleich er "lediglich das Überraschungsmoment", nicht aber "vorhandenes Vertrauen" (Gesichtspunkte, denen insbesondere von Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rdn. 26 die Bedeutung von Abgrenzungskriterien beigelegt wird) ausnutzte.

IV.

23

1. Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat den Weg der Einengung des Heimtückemerkmals durch inhaltliche Präzisierung des Begriffs der Arglosigkeit beschritten. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 7, 218, 221; 20, 301, 302; 23, 119, 120; BGH GA 1967, 244, 245) beantwortet er die Frage, "mit welcher Entwicklungsmöglichkeit das Opfer rechnen muß, damit

seine Arglosigkeit entfällt" (Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 239), dahin, daß es weder mit einem Angriff auf sein Leben oder auf seine körperliche Unversehrtheit noch überhaupt mit Tätlichkeiten zu rechnen brauche. Es genüge, daß es nicht ohne Arg sei. Ohne Arg sei es aber schon dann nicht, wenn der Tötungshandlung "eine in offener Feindschaft geführte Auseinandersetzung unmittelbar vorausgehe" (BGHSt 27, 322, 324; vgl. auch BGH, Urt. vom 24. Mai 1978 - 2 StR 724/77 -, wiedergegeben von Rengier MDR 1979, 969, 973). Mit dem Ende einer solchen Auseinandersetzung gewinne das Opfer seine Arglosigkeit zurück, wenn es durch sein Verhalten zu erkennen gebe, daß es keine Feindseligkeit mehr erwarte. Es komme nicht darauf an, ob es nunmehr begründetermaßen arglos sein darf, sondern darauf, ob es in seinem Verhalten Arglosigkeit zeige (BGHSt 28, 210, 211; vgl. hierzu auch BGH NJW 1980, 792; BGH, Urt. vom 23. Mai 1978 - 5 StR 664/77; a.A. Arzt JR 1979, 7, 12).

24

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in den tragenden Gründen der Entscheidung BGHSt 27, 322 ein "Bruch mit der bisherigen Begründungslinie" liegt (Geilen aaO S. 246; M.-K. Meyer JR 1979, 441, 442; Rengier aaO). Der am "hinterrücks überfallenen Opfer" orientierte Schutz- und Gefährlichkeitsgedanke (vgl. BGHSt 11, 139, 143/144) verliert an Bedeutung, wenn schon das feindselige Streitgespräch heimtückische Tötung entfallen läßt, falls die Tat "unmittelbar" aus ihm hervorgeht. Die Frage liegt nahe, ob der Begriff der Arglosigkeit noch "psychologische Substanz" (Geilen aaO S. 242) besitzt, wenn nur in Worten zum Ausdruck kommende Feindseligkeit beim Opfer akutes Gefährdungsbewußtsein nicht hervorruft und nicht hervorzurufen braucht, aber dennoch geeignet sein soll, ihm die Arglosigkeit zu nehmen. Nicht zu Unrecht weist Eser (JR 1981, 177, 181) darauf hin, daß eine offen feindselige (verbale) Konfrontation "angesichts der im Nahraum überaus häufigen Gewöhnungsaspekte" für das Opfer durchaus kein Anlaß sein muß, mit einem Angriff auf sein Leben zu rechnen. Es ist nicht Sache des Großen Senats, die für und gegen BGHSt 27, 322 sprechenden Gesichtspunkte, die eine definitorische Grenzkorrektur betreffen, welche für den Vorlegungsfall ohne Bedeutung ist, in diesem Beschlusse umfassend zu erörtern. Auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats wird jedoch die Frage zu stellen sein, ob die normative Restriktion des Begriffs der Arglosigkeit, die vom 2. Strafsenat vorgenommen worden ist, zu einer bedenklichen Tatbestandsverschiebung geführt hat, durch die einerseits Terrain heimtückischen Handelns unnötig preisgegeben worden ist, andererseits der kritische Bereich erheblich geminderter Schuld nur am Rande - durch das "affektnahe Kriterium vorangegangener Feindseligkeit" (Eser aaO S. 182) - erfaßt wird.

25

2. Das Bundesverfassungsgericht hat auf zwei Lösungsansätze hingewiesen, die im Schrifttum bevorzugt werden. Die Anhänger des einen wollen im Wege der sogenannten Typen- oder Tatbestandskorrektur trotz heimtückischer Begehungsweise Mord verneinen, wenn eine Tötungshandlung auf Grund umfassender Gesamtwürdigung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit als nicht besonders verwerflich erscheint (so z.B. Eser in Schönke/Schröder, StGB 20. Aufl. § 211 Rdn. 10; Eser JR 1981, 177, 183; Geilen JR 1980, 309 ff.; Lange, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 217 ff.; Rieß NJW 1968, 628, 630). Die Anhänger des anderen Lösungsansatzes wollen heimtückische Tötung nur bejahen, wenn der Täter durch seine Tat einen (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" begeht (so z.B. Blei, Strafrecht II 11. Aufl. § 6 II 2 a; Eser in Schönke/Schröder aaO Rdn. 26; Hassemer JuS 1971, 626, 630; Kohlrausch/Lange, StGB 43. Aufl. § 211 Anm. VIII 5; Otto, Grundkurs BT § 4 II; Schaffstein, Festschrift für Hellmuth Mayer S. 419, 428; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht S. 232 ff.). Beide Lösungsansätze stehen für einen Teil ihrer Vertreter nicht in einem Verhältnis der Exklusivität, sondern liefern die Kriterien für eine "Doppelkorrektur" (vgl.

Kohlrausch/ Lange aaO; Lange aaO S. 225; Eser JR aaO Anm. 70). Gegen jeden von ihnen bestehen schwerwiegende Bedenken.

26

a) Die - nicht nur für Fälle der Heimtücke, sondern für alle Tatmodalitäten des Mordes Geltung beanspruchende - Lehre von der Typenkorrektur vermag für die von ihr geforderte (je nach ihrer positiven oder negativen Fassung als tatbestandsbegründend oder tatbestandsausschließend angesehene) Gesamtwürdigung keine festen Maßstäbe anzugeben. Das Kriterium der "besonderen Verwerflichkeit" ist von generalklauselartiger Weite und stellt infolgedessen Berechenbarkeit und Gleichmäßigkeit der die Tatbestandsfrage betreffenden Rechtsanwendung in einem zentralen Bereich des Strafrechts in Frage. Wie im Einzelfall die (nur noch indizielle) Bedeutung eines Mordmerkmals im Rahmen der Gesamtwürdigung zu veranschlagen wäre, ist völlig ungewiß und hängt nicht zuletzt von der subjektiven Einschätzung der "Mordqualität" des Merkmals ab. Was der Große Senat für Strafsachen im Jahre 1957 gegen das "vage Kriterium der besonderen Verwerflichkeit" (Arzt JR 1979, 7, 9) einwandte - "die Rechtsprechung würde zu unsicher und ungleichmäßig" (BGHSt 11, 139, 143) -, trifft nach wie vor zu (gegen eine "gesamtwürdigende Typenkorrektur" wenden sich z.B. auch Dreher/Tröndle, StGB 40. Aufl. § 211 Rdn. 2; Jähnke in LK 10. Aufl. vor § 211 Rdn. 37; Lackner in Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1980 Bd. II M 25, 36; Maurach/ Schröder, Strafrecht BT I 6. Aufl. § 2 III A 3 a; Rengier MDR 1979, 969, 972 und MDR 1980, 1, 6).

27

b) Die Ansicht, die das Wesen der Heimtücke in einem (besonders) "verwerflichen Vertrauensbruch" findet, muß sich entgegenhalten lassen, daß sie wegen der Vieldeutigkeit des Vertrauensbegriffs ebenfalls zu einer unsicheren und ungleichmäßigen Rechtsprechung in der Tatbestandsfrage führt, gerade in Grenzfällen keinen Fortschritt erbringt und - weil zwischen Vertrauensbruch und gesteigertem Unwert der Tat nicht ohne weiteres eine Kongruenz besteht (Jähnke aaO § 211 Rdn. 50) - einerseits den Mordtatbestand unangemessen ausdehnt, andererseits in nicht billigenwerter Weise einschränkt. Tötungshandlungen wie diejenigen, die Gegenstand der Entscheidungen BVerfGE 50, 5 und BGHSt 28, 210 waren, würden aus dem Anwendungsbereich des § 211 StGB herausfallen. Es erscheint "unerträglich, den Überfall auf einen Ahnungslosen allein deshalb nicht als heimtückisch anzusehen, weil Täter und Opfer bis dahin in keiner persönlichen Beziehung zueinander gestanden haben" (BGHSt aaO S. 212; gegen den Vertrauensbruch als Voraussetzung heimtückischen Handelns z.B. auch Arzt aaO S. 11; Dreher/Tröndle aaO Rdn. 6 c; Geilen, Gedächtnisschrift für Horst Schröder S. 235, 249 ff.; Jähnke aaO; Maurach/Schröder aaO § 2 III B 2 c; Rengier MDR 1980, 1,4).

V.

28

1. Das Heimtückemerkmal kennzeichnet eine besonders gefährliche Begehungsweise. Wer einen anderen (in feindseliger Willensrichtung - vgl. BGHSt 9, 385, 390) heimtückisch tötet, verübt, weil er sein Opfer "hinterrücks überfällt" (BGHSt 11, 139, 144), auf Grund seines Vorgehens einen Mord. Schon und allein in diesem Vorgehen liegt das gesteigerte Unrecht. Aber weil das tatbestandsmäßige Handeln sich in der vorsätzlichen Lebensvernichtung auf heimtückische Weise erschöpft, werden in der Verbotsmaterie die Schuldkomponenten, die den Anknüpfungstatbestand der Strafzumessung bilden (vgl. Lackner, StGB 14. Aufl. Bem. III 4 vor § 13), nur unzulänglich erfaßt. Fälle wie BGHSt 3, 183 (oder BGHSt 9, 385; BGH NJW 1966, 1823; 1978, 709; BGH, Urt. vom 21. Juni 1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR 1978, 805; der Vorlegungsfall) einerseits und BGHSt 2, 60 (oder

BGHSt 2, 251; 23, 119; 28, 210; BVerfGE 50, 5) andererseits lassen auf der Ebene des Tatbestands keine Differenzierung zu, weil das Unrecht des Tötens unter bewußter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ihnen allen anhaftet. Sie unterscheiden sich aber erheblich in Momenten der Schuld (z.B. der affektiven Antriebslage, den Beweggründen, der Gesinnung des Täters oder seiner Belastung durch Provokation oder Konflikt). Aus dem Vorliegen und der konkreten Beschaffenheit solcher Schuldmomente erwachsen die "Grenzfälle" (BVerfGE 45, 187, 266/267), in welchen die Frage der Verhältnismäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe Berechtigung gewinnt. Die bisherige Rechtsprechung hat Entlastungsfaktoren, die das Ausmaß der Schuld verringern, nur mittelbar - im Rahmen der Prüfung der inneren Tatseite heimtückischen Handelns - erfaßt (vgl. BGHSt 6, 120, 121; 6, 329, 331; 11, 139, 144; BGH NJW 1966, 1823, 1824; 1978, 709, 710; BGH, Urt. vom 21. Juni 1978 - 3 StR 56/78 - bei Holtz MDR 1978, 805; BGH GA 1979, 337, 338). Diese Erfassung auf der Ebene des inneren Tatbestands hat scharfe Kritik erfahren, soweit sie als Mittel einer die Nichtanwendung des Mordtatbestands bezweckenden "Vermeidungsstrategie" (Eser JR 1981, 177, 180) erschien und in einer über § 212 StGB hinausgehenden "Talfahrt" (Geilen JR 1978, 341, 342) zur Anwendung des § 213 StGB und zu als unverhältnismäßig niedrig angesehenen Strafen führte. Die strengen Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Heimtückeversatz gestellt werden, sind aber durchaus keine bloße "Behelfskonstruktion", durch welche eine Verwerflichkeitsprüfung mit "psychologischen Fiktionen" verdeckt wird (so Geilen JR 1980, 309, 312). Sie haben ihren sachlichen Grund darin, daß die Heimtücke als normatives Tatbestandsmerkmal ein Sinnverständnis oder - was nichts anderes besagt - eine Bedeutungskennntnis des Täters voraussetzt, weil nur unter dieser Voraussetzung die Rede davon sein kann, daß er sich zur Tötung mit Rücksicht auf die für die Tatausführung gegebene günstige Situation entschlossen, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewußt ausgenutzt habe (Herdegen, BGH-Festschrift S. 195, 203/204; Jähnke in LK 10. Aufl. § 211 Rdn. 47). Das Sinnverständnis kann fehlen, auch wenn der Täter die tatsächlichen Umstände, welche seine Tötungshandlung zu einer objektiv-heimtückischen machen, nicht verkennt. Der Mangel des Sinnverständnisses kann die Folge gerade derjenigen Momente sein, die für das Ausmaß der Schuld von wesentlicher Bedeutung sind. Der Kritik ist allerdings zuzugeben, daß subjektive Entlastungsfaktoren, auch wenn sie - wie im Vorlegungsfall (vgl. Eser aaO S. 178) - für die innere Tatseite keine Rolle spielen, nach Erfassung und Bewertung im Rahmen der Strafzumessung drängen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB: "Beweggründe", "Ziele", "Gesinnung").

29

2. Die absolute Strafdrohung für Mord (§ 211 Abs. 1 StGB) schließt Zumessungserwägungen aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafraumen, wenn die Tatmodalität der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentrifft, die zwar nicht nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu einer milderen Strafdrohung führen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe aber als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar erscheint (ähnlich Geilen JR 1980, 309, 314, der aber in erster Linie die "allgemeine Verwerflichkeitskontrolle" vertritt; Maurach/Schroeder, Strafrecht BT I 6. Aufl. § 2 III A 3 c und B 2 c, bb; Rengier MDR 1980, 1, 3). Allerdings kann nicht jeder Entlastungsfaktor, der nach § 213 StGB zur Annahme eines minder schweren Falles zu führen vermag, genügen (a.A. Rengier aaO). § 213 StGB ist dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet. Deshalb und weil nach dieser Vorschrift eine Privilegierung verhältnismäßig leicht zu erreichen ist (vgl. Jähnke aaO § 213 Rdn. 4; Geilen aaO S. 315/316), kann ihr nicht der passende Maßstab entnommen werden. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, daß jener "Grenzfall" (BVerfGE 45, 187, 266,

267) eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich geminderter Schuld unverhältnismäßig wäre.

30

Eine abschließende Definition oder Aufzählung der in Fällen heimtückischer Tötung zur Verdrängung der absoluten Strafdrohung des § 211 Abs. 1 StGB führenden außergewöhnlichen Umstände ist nicht möglich. Durch eine notstandsnahe, ausweglos erscheinende Situation motivierte, in großer Verzweiflung begangene, aus tiefem Mitleid oder aus "gerechtem Zorn" (vgl. BGH MDR 1961, 1027) auf Grund einer schweren Provokation verübte Taten können solche Umstände aufweisen, ebenso Taten, die in einem vom Opfer verursachten und ständig neu angefachten, zermürbenden Konflikt oder in schweren Kränkungen des Täters durch das Opfer, die das Gemüt immer wieder heftig bewegen, ihren Grund haben.

31

3. Die bisherige Rechtsprechung hat punktuell - in dem Erfordernis der "feindlichen Willensrichtung" - Beweggründe des Täters berücksichtigt und heimtückische Tatbegehung verneint, wenn er "zum Besten" des Opfers zu handeln glaubte (BGHSt 9, 385, 390; BGH NJW 1978, 709; BGH, Urt. vom 17. Dezember 1980 - 3 StR 433/80 - bei Holtz MDR 1981, 267). Der Große Senat führt diesen Ansatz, wenn auch nicht auf der Tatbestandsseite, fort. Er nimmt, wie dargelegt, mit Hilfe des Kriteriums der "außergewöhnlichen Umstände, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint", eine Ergänzung der Rechtsfolgenseite des Mordparagraphen vor, die aus folgenden Gründen anderen Lösungen gegenüber den Vorzug verdient:

32

a) Sie engt den Tatbestand der Heimtücke nicht weiter ein und stellt seine Bestimmtheit und die Gleichmäßigkeit der ihn betreffenden Rechtsanwendung nicht in Frage. Allein gesetzliche Merkmale entscheiden nach wie vor darüber, welche Tötungshandlung als Mord, welche als Totschlag einzustufen ist.

33

b) Die den Tatbestand des Mordes nicht berührende Ergänzung der Rechtsfolgenseite führt nicht zur Anwendung des Strafrahmens des § 213 StGB, weil diese Vorschrift dem Tatbestand des Totschlags zugeordnet ist, sondern zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. 5.). Damit werden unverhältnismäßig niedrige Strafen in Fällen vermieden, in denen das Mordmerkmal der Heimtücke die Abwägung der straferschwerenden und der strafmildernden Umstände entscheidend mitbestimmt.

34

4. Die Anwendung eines generalklauselartigen Kriteriums innerhalb dieser Strafrahmen- und Strafzumessungslösung ist im Hinblick auf entsprechende gesetzliche Regelungen auch im Bereich der Tötungsdelikte (§ 212 Abs. 2 StGB; zweite Alternative des § 213 StGB) unbedenklich. Sie ermöglicht in allen in Betracht kommenden Heimtückefällen die Verhängung der schuldangemessenen Strafe.

35

5. In Fällen, in denen auf Grund besonderer gesetzlicher Milderungsgründe Strafmilderung vorgeschrieben oder zugelassen ist, tritt an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1, § 38 Abs. 2 StGB). Vom Gesetz nicht in die Regelung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogenen außergewöhnlichen Umständen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, kann keine geringere Wirkung als den gesetzlichen Milderungsgründen beigemessen werden, die sich (wie

etwa in Fällen des § 13 Abs. 2, des § 17 Satz 2 oder des § 21 StGB) aus der Berücksichtigung bestimmter schuld mindernder Umstände ergeben. Sie führen infolgedessen ebenfalls zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB und zwar zwingend, weil das verfassungsrechtliche Übermaßverbot keine Ausnahmen kennt. Dieser Strafrahmen gestattet es, dem Bewertungsgegensatz, der sich daraus ergibt, daß einerseits das Mordmerkmal der Heimtücke vorliegt, andererseits schuld mindernde Umstände von Gewicht gegeben sind, in jeder Ausprägung, die er im Einzelfall erfährt, Rechnung zu tragen.

VI.

36

Der Große Senat hat die Frage, ob die verfassungskonforme Rechtsfortbildung, die er für erforderlich hält, im Wege richterlicher Rechtsschöpfung vorgenommen werden kann, mit folgenden Erwägungen bejaht:

37

Auf Grund der Wertvorstellungen der Verfassung und des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesverfassungsgericht eine Regelungslücke festgestellt, die zwar nicht als ursprüngliche "planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes" (vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz S. 39; Engisch, Einführung in das juristische Denken 7. Aufl. S. 141; Krey JZ 1978, 361, 364/365; Larenz, Festschrift für Heinrich Henkel S. 31, 40) angesehen werden kann (a.A. Geilen JR 1980, 309, 314), die aber einer solchen Unvollständigkeit auf Grund eines Wandels der Rechtsordnung gleichzuachten ist (vgl. Engisch aaO S. 145; Larenz aaO S. 41). Die Behebung dieser Lücke hat das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgerichtshof überlassen. Dem Großen Senat ist es nicht verwehrt, sie dadurch zu schließen, daß er in Heimtückefällen auf der Rechtsfolgenseite des Mordes (§ 211 Abs. 1 StGB) an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe den Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB treten läßt, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern (vgl. BVerfGE 34, 269, 290).

VII.

38

Die vorgelegte Rechtsfrage, so wie sie formuliert worden ist, muß verneint werden, weil heimtückische Begehungsweise und damit der Mordtatbestand durch die vom 4. Strafsenat genannten Entlastungsmomente keine Änderung ihrer Voraussetzungen erfahren. Ihre Beantwortung ist jedoch auf die das Recht fortbildende und für den Vorlegungsfall wesentliche Aussage zu erstrecken, daß diese Entlastungsmomente, wenn sie das Gewicht außergewöhnlicher Umstände haben, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB führen. In der Sache stimmt der vorlegende Senat mit dieser Auffassung weitgehend überein. Sie ist in folgendem Leitsatz zusammenzufassen:

39

Auch wenn in Fällen heimtückischer Tötung außergewöhnliche Umstände vorliegen, auf Grund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist wegen Mordes zu verurteilen.
Es ist jedoch der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden.

