

# Grundprobleme der Tötungsdelikte – Teil 2\*

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Rechtsreferendar Dr. Cornelius Broichmann, Augsburg

## III. Mord (§ 211 StGB)

### 2. Die Mordmerkmale der 2. Gruppe

Bei den Mordmerkmalen der 2. Gruppe handelt es sich um Fälle einer besonders verwerflichen Begehungsweise. Erfasst sind das heimtückische Handeln, die grausame Tötung sowie die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln. Die Merkmale sind nicht täter-, sondern tatbezogen und damit keine „besonderen persönlichen Merkmale“ im Sinne von § 28 StGB. Nachdem die grausame Tötungsweise für die Klausur eine untergeordnete Rolle spielt, wird im Folgenden lediglich auf die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln sowie vertieft auf die besonders klausurrelevante heimtückische Begehungsform eingegangen.

#### a) Heimtücke

Das sehr klausurrelevante Mordmerkmal der Heimtücke wird definiert als „bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“.<sup>1</sup> Oft wird bereits in der Definition ergänzend darauf hingewiesen, dass die Tötung „in feindlicher Willensrichtung“ erfolgen muss.<sup>2</sup> Das ist nach der Rechtsprechung<sup>3</sup> ausnahmsweise nicht der Fall, wenn der Täter zum (vermeintlich) „Besten“ des Getöteten handelt, so etwa bei der Tötung eines Schwerstkranken, um ihm weiteres Leid zu ersparen. Hier ist, wenn die Voraussetzungen erlaubter Sterbehilfe nicht vorliegen, zwar das Unrecht des § 212 StGB bzw. § 216 StGB verwirklicht, es fehlt jedoch die besondere Verwerflichkeit eines Heimtückemordes. Auch unabhängig von dieser Ausnahmekonstellation ist anerkannt, dass das eher weit formulierte Mordmerkmal der Heimtücke restriktiv auszulegen ist, um eine im Einzelfall unverhältnismäßig hohe Strafe zu vermeiden<sup>4</sup>. Auf welche Weise dies zu geschehen hat, ist eines der zahlreichen Probleme dieses Mordmerkmals, von denen die wichtigsten im Folgenden dargestellt werden.

#### Problem 1: Einschränkung der Heimtücke

Die siebenjährige C wurde von G, einem Arbeitskollegen ihres Vaters A, sexuell missbraucht. Als A dies während der Arbeit auf einer Baustelle direkt von G erfährt und von diesem noch verhöhnt wird, ist er tief getroffen und verzweifelt. Unter dem Eindruck dieser Vorgeschichte schlägt A am folgenden Tag dem völlig überraschten G mit einem Hammer, den er gerade in der Hand hält, mit voller Wucht auf den Kopf. G sinkt zu Boden und erliegt, wie von A erhofft, seinen schweren Kopfverletzungen. Dabei handelt A trotz seines aufgewühlten emotionalen Zustandes voll schuldfähig im Sinne von § 20 StGB. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, 2 Alt. 5 StGB?

\* Fortsetzung aus ZJS 2013, 249.

<sup>1</sup> Vgl. nur Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 4 Rn. 23.

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH NStZ 2012, 691 (693).

<sup>3</sup> BGHSt 9, 385 (Großer Senat).

<sup>4</sup> BVerfGE 45, 187.

Fraglich ist, ob aufseiten des A ein heimtückisches Handeln angenommen werden kann. Heimtückisch handelt grundsätzlich derjenige, der bewusst die infolge Arglosigkeit bestehende Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt.<sup>5</sup> Die Wehrlosigkeit muss also kausal auf der Arglosigkeit beruhen.<sup>6</sup> Arglos ist dabei, wer sich im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens<sup>7</sup> keines tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.<sup>8</sup> Wehrlosigkeit ist dann gegeben, wenn das Opfer infolge der bestehenden Arglosigkeit zur Verteidigung außer Stande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt ist.<sup>9</sup>

Vorliegend kann Arglosigkeit bei G angenommen werden. Er ist völlig überrascht und rechnet in keinsten Weise damit, dass er in irgendeiner Weise angegriffen werden könnte. Infolge dieser Arglosigkeit ist G auch im Zeitpunkt des Angriffs wehrlos, da er in seiner Verteidigungsfähigkeit nicht nur eingeschränkt, sondern zur Verteidigung aufgrund des plötzlichen Zuschlagens sogar völlig außer Stande ist.

Ein heimtückisches Vorgehen in objektiver Hinsicht müsste daher grundsätzlich bejaht werden. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass A (sofern man auch von einem entsprechenden Ausnutzungsbewusstsein ausgeht) wegen der hier unproblematisch zu bejahenden Rechtswidrigkeit und Schuld zwingend zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt werden müsste. Unter Berücksichtigung der Tat des A als menschlich nachvollziehbare Reaktion auf den sexuellen Missbrauch durch G und seine damit verbundene Verzweiflung ist dies möglicherweise nicht als schuldangemessen anzusehen. Auch das BVerfG hat klargestellt, dass die besonders gravierende absolute Strafdrohung des § 211 StGB im Einzelfall einer Korrektur bedarf, damit eine verhältnismäßige Sanktion gewährleistet ist.<sup>10</sup>

Wie und auf welcher Ebene aber in solchen Fällen eine lebenslange Freiheitsstrafe „umgangen“ werden kann, ist umstritten.<sup>11</sup>

Die oben erwähnte, von der Rechtsprechung vorgenommene Beschränkung auf Fälle, in denen der Täter nicht in „feindlicher Willensrichtung“,<sup>12</sup> also zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, führt im vorliegenden Fall nicht wei-

<sup>5</sup> BGHSt 2, 60 (61); BGHSt 41, 72 (78 f.); BGHSt 50, 16 (28); BGH NStZ 2012, 693 (694); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 211 Rn. 6; Rotsch, JuS 2005, 12 (13).

<sup>6</sup> Vgl. schon Kaspar, JA 2007, 699 (703).

<sup>7</sup> Eingehend Kaspar, JA 2007, 699 (700).

<sup>8</sup> BGH NStZ 2012, 691 (693); Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 36. Aufl. 2012, Rn. 110.

<sup>9</sup> BGH GA 1971, 113.

<sup>10</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>11</sup> Zum Ganzen auch Fahl, JA 1999, 284 (285 f.); Rotsch, JuS 2005, 12 (13).

<sup>12</sup> BGHSt 9, 385 (Großer Senat).

ter.

In der Literatur werden daneben auf Tatbestandsebene verschiedene Einschränkungsmöglichkeiten vorgeschlagen. Eine Ansicht empfiehlt, heimtückisches Handeln auf Fälle zu beschränken, in denen der Täter ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Opfer ausgenutzt habe, da man nur dann ein besonders verwerfliches, tückisches Vorgehen bejahen könne.<sup>13</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht, da Heimtücke dann unverständlicherweise ausscheiden müsste, wenn zwischen Täter und Opfer bis zum Tatzeitpunkt keine persönliche Beziehung bestanden hatte.<sup>14</sup> Das würde auch den aus dem Hinterhalt agierenden Auftragsmörder ausschließen, obwohl gerade dies dem klassischen Bild eines Heimtückemordes entspricht.<sup>15</sup> Auch ist unklar, in welchen Fällen ein ausreichendes Vertrauensverhältnis zu bejahen wäre.

Eine andere Auffassung möchte im Sinne einer Typenkorrektur feststellen, ob die Tötung von einer besonderen Verwerflichkeit getragen war, was im Wege einer Gesamtwürdigung ermittelt werden müsse.<sup>16</sup> Dieser Ansicht kann die mangelnde Bestimmtheit des Begriffs der Verwerflichkeit entgegengehalten werden.<sup>17</sup>

Der *Große Senat* des BGH hat sich den vorgeschlagenen Restriktionsversuchen auf Tatbestandsebene nicht angeschlossen und den Weg einer Korrektur auf der Ebene der Strafzumessung gesucht.<sup>18</sup> In den Fällen, in denen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheint, sei wegen Mordes zu verurteilen, jedoch der Strafrahmen gem. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu mildern (sog. Rechtsfolgenlösung).<sup>19</sup> Dies sei gegenüber den tatbestandsmodifizierenden Ansichten vorzugswürdig, da auf diese Weise der Tatbestand nicht weiter eingengt werde.<sup>20</sup> Diese Vorgehensweise sei ohnehin schon deswegen fragwürdig, da allein *gesetzliche* Merkmale die Einordnung als Mord oder Totschlag bestimmen könnten.<sup>21</sup> Folglich könne im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>22</sup> bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mindern, von der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen werden.

Folgt man der Ansicht des BGH, bleibt es (da A auch rechtswidrig und schuldhaft handelte) bei der Verurteilung wegen §§ 212, 211 Abs. 1, 2 Alt. 5 StGB; die Strafe kann

<sup>13</sup> Hassemer, JuS 1971, 626 (630); vgl. auch Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 133. Lfg., Stand: Juni 2012, § 211 Rn. 44.

<sup>14</sup> So auch BGH NJW 1979, 378 (379); Hohmann/Sander, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 37.

<sup>15</sup> Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 107; Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 33; vgl. auch BGHSt 30, 105 (115 f.).

<sup>16</sup> Eser, JR 1981, 177 (183); Geilen, JR 1980, 309; Rieß, NJW 1968, 628 (630).

<sup>17</sup> Vgl. schon Kaspar, JA 2007, 699 (703).

<sup>18</sup> BGHSt 30, 105 (*Großer Senat*).

<sup>19</sup> BGHSt 30, 105.

<sup>20</sup> BGHSt 30, 105 (119).

<sup>21</sup> BGHSt 30, 105 (119).

<sup>22</sup> BVerfGE 34, 269 (290).

aber durch eine entsprechende Anwendung von § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemildert werden.

#### *Problem 2: Heimtücke bei Tötung von Kleinkindern*

A sind die Kinder seines Bruders B ein Dorn im Auge. Das ständige Geschrei bei den regelmäßigen Besuchen nervt ihn ungemein. Als ihm sein Bruder eines Tages seinen zweijährigen Sohn für einen Nachmittag zum Babysitting überlässt, ist A nach einer Stunde dermaßen gereizt, dass er ein Kissen nimmt und das Kind erstickt. Ist Heimtücke gem. § 211 Abs. 1, 2 Alt. 5 StGB zu bejahen?

Fraglich ist, ob A heimtückisch gehandelt hat. Dafür müsste er bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit des Kindes des B ausgenutzt haben. Allerdings ist umstritten, ob bei Kleinkindern, die noch nicht zur Ausbildung von Misstrauen in der Lage sind, die Kategorien von Argwohn bzw. Arglosigkeit überhaupt sinnvoll sind.<sup>23</sup>

In der Literatur wird vorgebracht, dass bei Kleinkindern zumindest von einer sog. „konstitutionellen“ Arglosigkeit ausgegangen werden könne mit der Folge, dass eine heimtückische Tötung in Betracht komme.<sup>24</sup> Der BGH vertritt dagegen in ständiger Rechtsprechung,<sup>25</sup> dass eine heimtückische Tötung in diesen Fällen ausscheiden soll. Kleinen Kindern fehle bereits die Fähigkeit, einem anderen Menschen gegenüber in differenzierter Weise Misstrauen entgegen zu bringen bzw. „Argwohn“ zu entwickeln. Somit komme auch Arglosigkeit von Kleinkindern nicht in Betracht. Der BGH kommt der Gegenansicht allerdings dadurch etwas entgegen, dass die Altersgrenzen nicht besonders hoch angesetzt werden. In einer Entscheidung bejahte der BGH<sup>26</sup> bei einem dreijährigen Kind sowie in einer weiteren Entscheidung<sup>27</sup> bei einem fünfjährigen Kind die Fähigkeit zur Entwicklung von Argwohn. Bei einem

<sup>23</sup> Zum Ganzen Kaspar, JA 2007, 699 (700).

<sup>24</sup> Kudlich, Besonderer Teil, Bd. 2, PdW, 2. Aufl. 2009, S. 15 f.

<sup>25</sup> BGH NJW 1985, 334 (335); BGH NStZ 2006, 338 (339); zust. Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 44; i.E. zust. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 211 Rn. 43, der jedoch hervorhebt, dass die Vorgehensweise v.a. verhindern möchte, dass jede Tötung eines Säuglings oder Kleinstkindes einen Mord begründet.

<sup>26</sup> BGH NStZ 1995, 230; bezweifelt von Hellmann, in: Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2012, § 1 Rn. 36; Kaspar, JA 2007, 699 (700); zust. hingegen die ganz h.M., vgl. Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2011, § 2 Rn. 23; Wessels/Hettlinger (Fn. 8), Rn. 110, Hohmann/Sander (Fn. 14), § 2 Rn. 12; Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 27; Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 169; Fischer (Fn. 25), § 211 Rn. 43; Rössner/Wenkel, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 211 StGB Rn. 10; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 54; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 211 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2006, 338.

ein Jahr und neun Monate alten Kind hingegen ging der BGH nicht vom potenziellen Vorliegen von Arglosigkeit aus.<sup>28</sup>

Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein zweijähriges Kind. Im Hinblick auf dieses Alter ist die Fähigkeit zur Ausbildung von Argwohn wohl zu verneinen (a.A. vertretbar<sup>29</sup>). Damit scheidet heimtückisches Handeln hier aus.

*Variante 1:* Anstatt das Kind zu ersticken, mischt A ein tödlich wirkendes Gift in einen süßen Brei. Die Süße neutralisiert den an sich bitteren Geschmack des Giftes. Das Kind verstirbt.

Möglicherweise kann trotz des Alters des Kindes von zwei Jahren im vorliegenden Fall ein heimtückisches Vorgehen angenommen werden. Der BGH<sup>30</sup> und ein Teil der Literatur<sup>31</sup> bejahen in den Fällen, in denen zur Erleichterung der Tötung der natürliche Abwehrinstinkt des Kindes (wie hier durch das Süßen des Breis) ausgeschaltet wird, die Möglichkeit heimtückischen Handelns.

Der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>32</sup> kritisiert dieses Vorgehen. Abgesehen von der Tatsache, dass es hierbei zu zufälligen Grenzziehungen komme,<sup>33</sup> sei es verfehlt, die Qualifikation einer Tat als Mord alleine davon abhängen zu lassen, welchen Geschmack eine verabreichte Substanz besitze.<sup>34</sup> Im Übrigen gehe das Verhalten des Kindes nur auf einen Automatismus und nicht auf eine eigene Kraftentfaltung zurück.<sup>35</sup>

Nachdem die Ansichten vorliegend zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Für die erstgenannte Auffassung kann angeführt werden, dass das der Handlung durch das Süßen des Breis innewohnende täuschende Element Berücksichtigung finden kann. Gleichwohl ist der zweiten Ansicht zu folgen. Nachdem ein Kleinstkind auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung von vornherein schon gar nicht fähig ist, Argwohn zu hegen und damit die Grund-

bedingung für Arglosigkeit fehlt, ist es nicht erkennbar, wie das besonders tückische Vorgehen diesen „Grundmangel“ zu kompensieren imstande sein soll.<sup>36</sup>

*Variante 2:* Während eines Besuchs seines Bruders B bittet A diesen, den Briefkasten zu leeren, indem er ihm gegenüber bewusst wahrheitswidrig vorgibt, den Postboten gehört zu haben. Tatsächlich will er, wie von Anfang an geplant, die Abwesenheit des B nutzen, um das Kind zu töten, was er anschließend auch tut.

Fraglich ist, ob in dem Fall, dass der Täter eine für den Schutz des Kleinkindes bereitstehende und zugleich arglose dritte Person ausschaltet, Heimtücke bejaht werden kann.

In einem Dreiecksfall wie dem vorliegenden möchten die Rechtsprechung und die vorherrschende Auffassung in der Literatur<sup>37</sup> ein heimtückisches Handeln annehmen.<sup>38</sup> Sie setzen damit nicht zwingend eine Personenidentität von Opfer und argloser Person voraus. Der BGH<sup>39</sup> führt aus, dass es ausreiche, wenn der Täter die Arglosigkeit einer dritten Person, die zur Wehrlosigkeit des Kindes führt, ausnutze. Der Dritte müsse lediglich schutzbereit sein, was der Fall sei, wenn er den Schutz dauernd oder vorübergehend übernommen habe und ihn auch tatsächlich ausübe. Eine rechtliche Verpflichtung sei weder erforderlich noch ausreichend.<sup>40</sup> Das verträgt sich zwar nicht mit dem generellen Gebot der eher restriktiven Auslegung des Mordmerkmals, ist aber mit dem Wortlaut vereinbar und entspricht auch dem Sinn und Zweck, besonders verwerfliche „tückische“ Taten zu erfassen. Folgt man dem, ist daher hier heimtückisches Handeln zu bejahen.

*Problem 3:* Heimtücke bei Tötung Schlafender/Bewusstloser

A ist neidisch auf seinen Bruder B. Er und seine Frau versuchen bereits seit drei Jahren vergeblich, ein Kind zu bekommen. Sein Bruder und dessen Frau haben hingegen innerhalb von drei Jahren Zwillinge und ein weiteres Kind bekommen. A ist der Ansicht, dass sein Bruder dieses Glück nicht verdient habe und beschließt, ihn zu töten. Eines Nachmittags schleicht er sich durch die unverschlossene Terrassentüre in die Wohnung seines Bruders, der auf dem Wohnzimmersofa einen Mittagschlaf macht, und erdrosselt ihn. Ist das Mordmerkmal der Heimtücke, § 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 5 StGB erfüllt?

A könnte die Tötung heimtückisch begangen haben. Im Fall stellt sich die geradezu klassische Problematik der möglicherweise heimtückischen Tötung einer schlafenden Person.

<sup>28</sup> BGH NStZ 2006, 338.

<sup>29</sup> Wenn man die Arglosigkeit bejaht, würde die Heimtücke (was oft nicht explizit gemacht wird) i.E. wohl dennoch daran scheitern, dass die (konstitutionsbedingte) Wehrlosigkeit des Kindes regelmäßig nicht kausal auf der Arglosigkeit beruhen wird, vgl. *Kaspar*, JA 2007, 699 (702).

<sup>30</sup> BGHSt 8, 216 (218) = NJW 1955, 1524 (1525).

<sup>31</sup> *Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 43; *Rössner/Wenkel* (Fn. 26), § 211 StGB Rn. 10.

<sup>32</sup> *Jähnke*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 42; *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 121; *Kindhäuser* (Fn. 26), § 2 Rn. 23, der darauf verweist, dass die betreffenden „natürlichen Abwehrinstinkte“ jedenfalls nicht den Schutz vor lebensgefährdenden Angriffen betreffen.

<sup>33</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 28.

<sup>34</sup> *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 58; dagegen wiederum *Schneider* (Fn. 26), Rn. 134, der ausführt, dass es strafrechtsdogmatisch einen Unterschied mache, ob der Täter die kindliche Natur überlistet und dem Opfer dadurch Abwehrchancen entzieht oder ob er jenseits aller kreatürlichen Selbstschutzmechanismen agiert habe.

<sup>35</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 211 Rn. 9.

<sup>36</sup> So bereits *Kaspar*, JA 2007, 699 (700).

<sup>37</sup> *Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 43a; *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 121; s. auch *Schneider* (Fn. 26), § 211 Rn. 170, der betont, dass nur auf den Dritten abgestellt werden dürfe, wenn das Opfer gar keine Gegenwehr leisten könne.

<sup>38</sup> Vgl. dazu *Kaspar*, JA 2007, 699 (700).

<sup>39</sup> BGH NJW 1955, 1524 (1525); BGH NStZ 2006, 338 (339).

<sup>40</sup> So auch *Jähnke* (Fn. 32), § 211 Rn. 42.

Eine Mindermeinung<sup>41</sup> verneint die Möglichkeit der heimtückischen Tötung eines Schlafenden. Wenn man an dem Grundsatz, dass die „Fähigkeit zum Argwohn“ Voraussetzung für die Arglosigkeit sei, festhalte, dann könnten Schlafende nicht arglos sein, da ihnen diese Fähigkeit mangels entsprechenden Bewusstseins fehle.<sup>42</sup>

Die herrschende Meinung<sup>43</sup> vertritt dagegen die Auffassung, dass auch ein Schlafender heimtückisch getötet werden kann. Sie geht davon aus, dass der im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zur Tötung Schlafende, sofern keine besonderen Umstände vorlagen, seine Arglosigkeit zuvor mit in den Schlaf genommen habe. Es ist daher der Zeitpunkt des Einschlafens als maßgeblich für die Prüfung der Arglosigkeit des Opfers anzusehen. Im vorliegenden Fall würde damit eine heimtückische Tötung objektiv vorliegen, da im Weiteren eine kausal auf der Arglosigkeit bestehende Wehrlosigkeit zu bejahen wäre.

Für diese Ansicht spricht, dass der Täter hier in der Regel tatsächlich „tückisch“ vorgeht und auch der Wortlaut einer Vorverlagerung des relevanten Zeitpunkts für die Bestimmung der Arglosigkeit nicht entgegen steht.

*Variante:* B hält sich im Wohnzimmer auf und sieht fern. Als er aufsteht, um kurz in die Küche zu gehen, ist er bereits sehr müde. Er torkelt in Richtung Küche, kippt zur Seite und stößt mit seinem Kopf gegen den Türrahmen. Aufgrund des Aufpralls mit dem Kopf sackt B zusammen. Kurz daraufhin steigt A durch die Terrassentür, sieht seinen Bruder dort bewusstlos liegen und nutzt die Gelegenheit zur Tötung des B.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, inwiefern Bewusstlose heimtückisch getötet werden können. Die Argumentation der Rechtsprechung bei Schlafenden würde dafür sprechen, eine heimtückische Tötung mangels „Mitnahme der Arglosigkeit“ zu verneinen. Tatsächlich nehmen die Rechtsprechung<sup>44</sup> und Teile der Literatur<sup>45</sup> an, dass eine heimtückische Tötung nicht möglich sein soll. Der Bewusstlose könne dem Angriff nicht entgegentreten. An ein Vorverhalten wie im Falle des Schlafenden könne nicht angeknüpft werden, da sich das Opfer unfreiwillig in den Zustand der Bewusstlosigkeit begeben habe. Dies müsste konsequenterweise dann auch bei

Schlafenden, die (beispielsweise als Entführungsoffer) in einer kritischen Situation vom Schlaf übermannt worden sind, gelten, da diese zuvor nicht arglos sind, somit gerade ihren Argwohn „mit in den Schlaf nehmen“ und deshalb nicht heimtückisch getötet werden können.<sup>46</sup>

Diese Auffassung wird im Hinblick auf die Differenzierung beider Fallgruppen vielfach kritisiert. Teilweise wird vertreten, dass sowohl der Schlafende als auch der Bewusstlose arglos seien. *Hellmann* gibt an, dass der besondere Unwertgehalt der Tötung im Ausnutzen einer hilflosen Lage des Opfers liege, wofür die Tötung eines Schlafenden oder Bewusstlosen klassische Beispiele seien.<sup>47</sup> Andere wiederum lehnen die Arglosigkeit in beiden Fällen ab. *Küper* etwa ist der Ansicht, dass, wenn man an dem Prinzip festhalte, wonach die „Fähigkeit zum Argwohn“ Voraussetzung für die Arglosigkeit sei, sowohl Schlafende als auch Bewusstlose nicht arglos sein könnten, da diesen diese Fähigkeit abgehe.<sup>48</sup> Auch wird vertreten, dass auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden müsse. Grundsätzlich sei Heimtücke jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Bewusstlosigkeit vom Täter gezielt zum Zwecke einer späteren Tötung eingesetzt worden sei<sup>49</sup> oder als Folge eines ersten Tötungsversuchs eingetreten ist.<sup>50</sup> Tatsächlich handelt es sich bei den zuletzt genannten Konstellationen mit einem „Vorfeldplan“ des Täters um Fälle, wo eine Vorverlagerung des relevanten Zeitpunktes möglich ist; insofern sind sie mit der Ansicht der Rechtsprechung durchaus vereinbar. Da es im hier vorliegenden Fall aber an einem solchen Einbezug der Bewusstlosigkeit in den Tötungsplan des Täters fehlt, scheidet ein heimtückisches Handeln des B mit der h.M. aus.

*Problem 4:* Tötung des Angreifers bei gegebener Notwehrlage

A droht dem B, ihn wegen Vergewaltigung anzuzeigen, wenn er ihm nicht 10.000 Euro zahlt. B, der keine andere Möglichkeit sieht, der Erpressung zu entgehen, sucht den A zu Hause auf. Auf dem Weg in die Wohnung entnimmt B der beigegeführten Plastiktüte, in welcher A das Geld vermutet hatte, ein Küchenmesser. Er tötet A, der mit keinerlei Gegenwehr des B gerechnet hätte, mit mehreren Messerstichen. Ist das Mordmerkmal der Heimtücke gem. § 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 5 StGB erfüllt?

Fraglich ist, ob aufseiten des B heimtückisches Handeln bejaht werden kann. Dafür ist zunächst erforderlich, dass A zum Zeitpunkt des Angriffs des B arglos gewesen ist. An sich ist dies der Fall, da A mit keinerlei Gegenwehr gerechnet hatte.

Der BGH verneinte in einem ähnlich gelagerten Fall dennoch das Vorliegen von Arglosigkeit und damit von Heim-

<sup>41</sup> *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 10. Aufl. 2012, § 211 Rn. 46; *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 57, plädiert dafür, auf die Einzelfallumstände abzustellen.

<sup>42</sup> *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 196.

<sup>43</sup> BGHSt 23, 119 = NJW 1969, 2292; *Jähnke* (Fn. 32), § 211 Rn. 42, der vom „klassische[n] Beispiel der Heimtücke“ spricht; vgl. auch *Kaspar*, JA 2007, 699 (700); *Haverkamp/Kaspar*, JuS 2006, 895 (897); sowie *Kaspar*, JA 2006, 855 (858); auch zum Problem der heimtückischen Tötung eines Schlafwandlers. *Rotsch*, JuS 2005, 13 (14) spricht dagegen von einer „wenig überzeugenden Konstruktion“.

<sup>44</sup> BGH NJW 1966, 1823 (1824).

<sup>45</sup> Vgl. nur *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 29a; *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 211 Rn. 4; *Kindhäuser* (Fn. 26), § 2 Rn. 23; *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 120.

<sup>46</sup> BGHSt 23, 119 (121); BGH NStZ 2007, 523 (524); *Kaspar*, JA 2007, 699 (700); *Rengier* (Fn. 8), § 4 Rn. 29.

<sup>47</sup> *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 26), § 1 Rn. 45 f.

<sup>48</sup> *Küper*, JuS 2000, 740 (745).

<sup>49</sup> *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 57; *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 211 Rn. 25b.

<sup>50</sup> *Wessels/Hettinger* (Fn. 8), Rn. 120.

tücke.<sup>51</sup> Er ging hierbei davon aus, dass eine bestehende Notwehrlage Auswirkungen auf die Annahme von Heimtücke haben müsse und insofern ein „Gleichklang“ herzustellen sei. Wenn der rechtswidrige Angriff im Sinne von § 32 StGB auf das Vermögen des Erpressen, hier die Zahlung von 10.000 Euro, noch fortduere, dann habe der Erpresser mit einem Gegenangriff grundsätzlich zu rechnen und könne bzw. dürfe deshalb nicht mehr arglos sein.<sup>52</sup> Das Zugestehen des Notwehrrechts sei „von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben“. Der Erpresser sei schließlich der eigentliche Angreifer. Auch die Tatsache des Ausnutzens des Überraschungsmoments stehe, so der BGH, dem nicht entgegen. Dies belege lediglich, dass der Erpresser einem Irrtum darüber unterlegen sei, dass er seinen Rechtsbruch ohne Gegenwehr würde zu Ende führen können.<sup>53</sup>

Die wohl überwiegende Literatur stimmt dem BGH im Fall der Notwehr gegen einen Erpresser von Schweigegeld<sup>54</sup> zumindest im Ergebnis zu.<sup>55</sup> Die zutreffende dogmatische Einordnung der in dieser Hinsicht nicht ganz klaren Entscheidung des BGH ist allerdings umstritten. *Zaczyk* verweist darauf, dass der BGH mit seiner „nur vordergründig überzeugende[n] Argumentation“ in Wahrheit eine negative Typenkorrektur vornehme.<sup>56</sup> Präziser wäre nach seiner Auffassung, mit der h.L. einen verwerflichen Vertrauensbruch zu fordern, welcher in dieser Konstellation ersichtlich nicht vorliege.<sup>57</sup> *Widmaier* sieht in der Arglosigkeit einen normativen Hilfsbegriff zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Heimtücke, der ohne weiteres im Sinne des BGH normativ eingegrenzt werden dürfe.<sup>58</sup> Das ist im Ergebnis überzeugend, allerdings ist zu betonen, dass die normative Korrektur richtigerweise nicht das Vorliegen der „Arglosigkeit“ als solche betrifft. Es handelt sich dabei um die im Kern eindeutig empirisch zu bestimmende Fragestellung, ob der Angreifer im Sinne von § 32 StGB mit der tödlichen Gegenwehr rechnete oder nicht. Um das Faktum, dass der Angreifer (wie hier) davon völlig überrascht war, kommt man also zunächst nicht herum.<sup>59</sup> Die ganz andere Frage ist, ob der ursprüngliche Angreifer sich auf seine faktisch vorliegende Arglosigkeit berufen kann, wenn er durch sein rechtswidriges Verhalten die Situation in vorwerfbarer Weise heraufbeschworen hat. Das lässt sich mit dem BGH verneinen, so dass B hier das Mordmerkmal der Heimtücke nicht erfüllt.

<sup>51</sup> BGH NJW 2003, 1955.

<sup>52</sup> Dadurch macht der BGH eine Ausnahme von der Beurteilung der Arglosigkeit nach der faktischen Opfersicht und lässt normative Erwägungen zu, vgl. *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 40.

<sup>53</sup> BGH NJW 2003, 1955 (1956).

<sup>54</sup> Zur Reichweite der Notwehr auf Rechtswidrigkeitsebene *Kaspar*, GA 2007, 36.

<sup>55</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 26a; *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 61, betont, dass diese restriktive Interpretation der Zuständigkeit des Erpressers für die, die Tötung verursachende Konfliktlage Rechnung trage.

<sup>56</sup> So auch *Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 53.

<sup>57</sup> *Zaczyk*, JuS 2004, 750 (754).

<sup>58</sup> *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791).

<sup>59</sup> *S. Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 52 m.w.N.

Folgt man dem und sieht den eigentlichen Grund für die Einschränkung der Heimtücke im vorwerfbareren Vorverhalten des Opfers, liegt eine (vom BGH nicht einmal erwogene)<sup>60</sup> Übertragung auf die Fälle der vom später Getöteten ausgelösten Dauergefahr, etwa in den „Haustyrannenfällen“, durchaus nahe.<sup>61</sup>

#### b) Gemeingefährliche Mittel

*Problem:* Konkrete Lebensgefahr für unbeteiligte Dritte notwendig?

A steht nachts auf einer Brücke, die über eine Landstraße führt. Tags zuvor hatte er in der Zeitung einen Bericht über die neue Trendsportart „Autos steinigen“ gelesen. Dabei verabreden sich Gleichgesinnte dazu, Steine von Brücken auf Straßen zu werfen. A hat einen schweren Dachziegel dabei. Kurz bevor ein Auto die Brücke erreicht, lässt er den Ziegel fallen. Das getroffene Auto kommt von der Fahrbahn ab und der Fahrer verstirbt. Sonstige Insassen saßen nicht darin. Neben der Straße befindet sich ein grundsätzlich viel genutzter und von der Brücke schwer einsehbarer Wanderweg, der aber im Zeitpunkt, in dem das Auto über den Weg schlittert, nur von einem Pärchen auf einem Tandem genutzt wird. Die beiden können ausweichen, fahren in den Straßengraben und tragen einige Prellungen davon. Eine Lebensgefahr bestand für die Radfahrer zu keinem Zeitpunkt. Die Landstraße ist zu diesem Zeitpunkt ansonsten ungenutzt. Ist das Mordmerkmal des Einsatzes eines gemeingefährlichen Mittels, § 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 7 StGB erfüllt?

Eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln nimmt derjenige vor, der ein Mittel dergestalt einsetzt, dass er in der konkreten Tatsituation die Ausdehnung der Gefahr nicht beherrschen und dadurch eine Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann.<sup>62</sup> Dabei ist, so der BGH einschränkend, nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf die Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Absichten des Täters.<sup>63</sup> Demnach können neben typischerweise abstrakt gefährlichen Mitteln (z.B. Sprengstoffe, Feuer) auch Gegenstände, denen für sich gesehen nicht ohne weiteres eine Gemeingefährlichkeit anhaftet, als gemeingefährliche Mittel in Betracht kommen.

Der BGH möchte es von Einzelfallumständen abhängig machen, ob das Werfen von Steinen auf eine Straße als eine

<sup>60</sup> BGHSt 48, 255; dazu *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741 (S. 754).

<sup>61</sup> *Schneider*, NSTZ 2003, 431; *Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 54 m.w.N.

<sup>62</sup> BGHSt 34, 13 (14); BGHSt 38, 353; *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 46; *Köhne*, Jura 2009, 265 (267).

<sup>63</sup> BGHSt 38, 353 (354); BGH NSTZ 2006, 503 (504); *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 62, bezeichnet dies zwar als problematisch, stimmt dem doch im Ergebnis zu.

Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln zu qualifizieren ist.<sup>64</sup> In dem Fall, dass ein Täter, wie vorliegend, ein konkretes Auto mit dem Stein trifft, schließe der Angriff gegen die Insassen als individualisierte Opfer die Annahme des Einsatzes eines gemeingefährlichen Mittels nicht von vornherein aus. Allerdings sei eine Gefahr für eine Vielzahl von Menschen regelmäßig nur dann zu bejahen, wenn dichter Verkehr herrsche und infolge des durch den Steinwurf verursachten Unfalls eine unbestimmte Anzahl weiterer Personen tödliche Verletzungen erleiden könnte.<sup>65</sup>

Die Tatsache also, dass es sich bei dem Wurf eines Steins für sich gesehen nicht um ein abstrakt gefährliches Mittel handelt, spricht nicht per se gegen die Annahme des Mordmerkmals. Fraglich ist jedoch, inwiefern die Ausdehnung der Gefahr für A nicht mehr beherrschbar und in der konkreten Tatsituation eine Mehrzahl von Menschen zum Kreis potentiell gefährdeter Dritter gerechnet werden können. Vorliegend kommt eine Gefährdung des Pärchens in Betracht, also zweier unbeteiligter Personen.

Es ist daher in einem ersten Schritt danach zu fragen, ab welcher Zahl von Menschen eine „Mehrzahl“ bzw. eine „unbestimmte Vielzahl“ von Personen angenommen werden kann. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die Gefahr für die körperliche Unversehrtheit der Radfahrer als ausreichende Gefahr im Sinne von § 211 StGB angesehen werden kann.

Eine Ansicht geht davon aus, dass zumindest die Gefährdung einer Person nicht ausreichen kann.<sup>66</sup> Teile des Schrifttums möchten eine Vielzahl von Menschen ab einer Ansammlung von drei Personen bejahen.<sup>67</sup> Andere möchten davon absehen, eine zahlenmäßige Festlegung vorzunehmen.<sup>68</sup> Im Ergebnis dürfte bei der vorliegenden Zahl von zwei Personen beides vertretbar sein, wenngleich die Worte „Mehrzahl“ bzw. „Vielzahl“ einen etwas größeren Personenkreis nahelegen.<sup>69</sup>

Fraglich ist daneben, ob die Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit als ausreichend angesehen werden kann. Wie bereits der oben genannten Definition zu entnehmen ist, lassen der BGH und ein Teil der Literatur<sup>70</sup> eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit grundsätzlich genügen. Ein nicht unerheblicher Teil der Literatur widerspricht dem und

verlangt, dass es sich um eine Gefährdung gerade des Lebens handeln muss. Verwiesen wird zum einen auf die angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe, die eine solche restriktive Handhabung erfordere.<sup>71</sup> Weiter müsse der Einordnung der Mordmerkmale als Ausdruck besonderer sozialer Rücksichtslosigkeit und der absoluten Degradierung menschlichen Lebens auf diese Weise Rechnung getragen werden.<sup>72</sup> Folgt man der überzeugenden letztgenannten Ansicht, ist die Erfüllung des Mordmerkmals hier abzulehnen.

### 3. Die Mordmerkmale der 3. Gruppe

Die Mordmerkmale der 3. Gruppe betreffen Tötungen mit besonders verwerflichem Handlungszweck, bei denen der Täter das Tötungsunrecht mit weiterem Unrecht verknüpft. Das betrifft sowohl das Handeln zur Verdeckung als auch zur Ermöglichung einer anderen Straftat. Problematisch ist vor allem, wie diese „andere Straftat“ von der Tötung abzugrenzen ist und ob auch ein Handeln mit bedingtem Tötungsvorsatz erfasst ist. Weiterhin stellt sich das Problem, inwiefern das Merkmal der Verdeckungsabsicht auch durch bloßes Unterlassen erfüllt werden kann.

*Problem 1:* Ist Verdecken durch Unterlassen möglich?

*Problem 2:* Kann bedingter Tötungsvorsatz genügen?

Der völlig übermüdete A ist bei Dämmerung mit seinem Auto unterwegs. In einem Augenblick, in dem ihm die Augen kurz zufallen, kollidiert er mit dem die Straße überquerenden Radfahrer B. A steigt geschockt aus dem Auto und sieht, dass B stark blutend auf der Straße liegt. Er ist sich sicher, dass B sterben wird, wenn er ihm nicht helfe. Aus Angst, dass ihn die Polizei bei der Einleitung von Rettungsmaßnahmen mit der Tat in Verbindung bringt, entschließt er sich jedoch, den B liegen zu lassen und fährt davon. Der B verstirbt, was A so erwartet und billigend in Kauf genommen hatte. Er hätte gerettet werden können, wenn der A zeitnah den Notarzt gerufen hätte. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9, 13 StGB?

Der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB kann bejaht werden, da insbesondere bei A eine Pflicht zum Handeln gem. § 13 Abs. 1 StGB vorlag. Aufgrund des pflichtwidrigen (hier sogar gem. § 229 StGB strafbaren) Vorverhaltens war er zur Rettung des B verpflichtet (Garantenstellung aus Ingerenz). Der subjektive Tatbestand ist im Hinblick auf § 212 Abs. 1 StGB gegeben, da bei A bedingter Vorsatz anzunehmen ist.

Fraglich ist, ob dem A ein Handeln zur Verdeckung der hier unproblematisch vorliegenden strafbaren fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB vorgeworfen werden kann. Unter Verdeckungsabsicht versteht man den zielgerichteten Willen, durch die (Tötungs-) Handlung zu verhindern, dass eine andere – sei es auch irrig angenommene oder nur für möglich gehaltene – eigene oder fremde Straftat von den

<sup>64</sup> Ebenso *Eser* (Fn. 49), § 211 Rn. 29, sowie im Wesentlichen zustimmend die herrschende Literatur, vgl. nur *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 26), § 1 Rn. 68. Wohl ebenfalls zustimmend *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 211 Rn. 11.

<sup>65</sup> BGH NStZ-RR 2010, 373 (374) m. Anm. *Jahn*, JuS 2010, 456; dem folgend *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 87.

<sup>66</sup> *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 61.

<sup>67</sup> *Rössner/Wenkel* (Fn. 26), § 211 Rn. 6; *Schneider* (Fn. 26), § 211 Rn. 127; kritisch *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 61.

<sup>68</sup> Vgl. beispielsweise *Fischer* (Fn. 25), § 211 Rn. 59.

<sup>69</sup> So auch *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 61, der in Anlehnung an § 306b Abs. 1 StGB eine Zahl von mindestens zehn Personen als Richtwert vorschlägt.

<sup>70</sup> So beispielsweise *Lackner/Kühl* (Fn. 5), § 211 Rn. 11; *Jähnke* (Fn. 32), § 211 Rn. 57; *Momsen*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2009, § 211 Rn. 63.

<sup>71</sup> *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 61; *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 86.

<sup>72</sup> *Eser* (Fn. 49), § 211 Rn. 29.

Strafverfolgungsorganen entdeckt (aufgeklärt) wird.<sup>73</sup> Fraglich ist hier im Fall zum einen, ob auch ein Handeln mit bedingtem Tötungsvorsatz das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllen kann. Weiterhin muss geklärt werden, ob die Absicht der Verdeckung auch bei bloßem Unterlassen möglich ist.

Unstrittig ist angesichts des klaren Wortlauts, dass beim Täter *dolus directus* ersten Grades, also zielgerichtetes Handeln hinsichtlich der geplanten Verdeckung vorliegen muss. Das ist hier der Fall, da es A gerade darum geht, zu verhindern, dass er wegen der strafbaren fahrlässigen Körperverletzung belangt wird. Fraglich ist aber, ob es genügt, dass er bezüglich der Tötung des B nur mit bedingtem Vorsatz handelte.

Nach Ansicht des BGH<sup>74</sup> und der herrschenden Literatur<sup>75</sup> schließt dies das Vorliegen von „Verdeckungsabsicht“ nicht aus. Dafür sprechen systematische Erwägungen. Nachdem der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, beim Totschlag eine bestimmte Form des Vorsatzes zu fordern, ist jede Form des Vorsatzes genügend, um den tatbestandlichen Erfolg, also den Tod des Opfers, herbeizuführen.<sup>76</sup> Diese Entscheidung bzgl. des Grunddelikts muss dann konsequenterweise auch für das Mordmerkmal gelten, solange sich aus dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck nichts anderes ergibt. Die ratio des Mordmerkmals bezieht sich auf die Erfassung der verwerflichen Verknüpfung von Tötungsunrecht und der Verdeckung anderer Straftaten – dies setzt keine Tötungsabsicht voraus. Auch nennt der Wortlaut als Bezugspunkt der Absicht nur die Verdeckung, die als Erfolg klar vom Tötungserfolg unterschieden werden kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Erfolg der Verdeckung wie hier nicht untrennbar mit dem Erfolg der Tötung verknüpft ist; anders ist nach h.M. konsequenterweise etwa dann zu entscheiden, wenn der Täter vom Opfer identifiziert wurde, sodass nur die erfolgreiche Tötung zur Verdeckung der Tat beitragen kann.<sup>77</sup>

Weiter stellt sich die Frage, ob das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht durch bloßes Unterlassen verwirklicht werden kann. Die frühere Rechtsprechung verneinte dies. So führte der BGH<sup>78</sup> aus, dass der Täter durch ein bloßes Entfernen vom Tatort die begangene Fahrlässigkeitstat noch nicht „verdecke“. Der Begriff des Verdeckens habe einen anderen

(von aktivem Tun geprägten) Inhalt als der des „Nichtaufdeckens“. Das pflichtwidrige Unterlassen, also die Tatsache, dass keine Hilfe geleistet werde, könne im Unrechtsgehalt nicht den Verwerflichkeitsgrad der dem Mord eigentümlichen Begehungsformen erreichen.

Mittlerweile ist der BGH<sup>79</sup> ebenso wie die herrschende Literatur<sup>80</sup> zu Recht der Auffassung, dass eine Verdeckung auch durch ein Unterlassen begangen werden kann. Der Wortlaut stehe einer Begehung durch Unterlassen nicht entgegen. Auch eine (im Hinblick auf den Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ problematische) Pflicht, an der eigenen Strafverfolgung mitzuwirken, bestehe nicht. Vom Garanten wird in aller Regel keine Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden, sondern nur ein Akt der Lebensrettung verlangt, welchem beispielsweise durch einen anonymen Anruf bei einer Rettungsstelle nachgekommen werden kann. Die Tatsache, dass das Risiko der Aufdeckung einer Tat dadurch erhöht wird, bewege sich im Bereich des sozial Adäquaten und Zumutbaren.<sup>81</sup> Somit ist hier die Verdeckungsabsicht des A zu bejahen.

Da A auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, ist die Strafbarkeit gem. §§ 212, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9, 13 StGB vorliegend gegeben.

### *Problem 3: Qualifikation als „andere Straftat“*

A ist mit seinem Nachbarn G in ständigen Streitereien über einen an der Grundstücksgrenze wachsenden Baum, der nach Ansicht des A zu weit in sein Grundstück hineinragt. Nachdem sich G standhaft weigert, den Baum zu fällen, reicht es A. Er greift nach seinem im Schuppen stehenden Spaten und schlägt dem G damit auf den Kopf. A nimmt dabei Verletzungen des G, nicht aber dessen Tod in Kauf. G sinkt zwar zu Boden, wird aber, wie A sogleich feststellt, an den Verletzungen nicht sterben. Sodann wird ihm klar, dass seine offene Bewährung widerrufen werden könnte, wenn G ihn anzeigt. Daher holt er mit dem Spaten nochmals aus, um den Tod des G herbeizuführen. G erleidet durch den zweiten Schlag schwere Kopfverletzungen, die zum Tod führen. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB aufgrund des zweiten Schlages?

Der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB ist durch das Handeln des A erfüllt. Subjektiv kann ihm mindestens bedingter Vorsatz bzgl. der Tötung des G vorgeworfen werden.

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall die Verdeckungsabsicht bei A bejaht werden kann. Problematisch könnte dabei das unmittelbare Aufeinanderfolgen der beiden Einwirkungshandlungen sein. In den Mittelpunkt rückt hier die Frage, ob es sich bei der durch den ersten Schlag zunächst verwirklichten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB im Verhältnis zur unmittelbar

<sup>73</sup> Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 343.

<sup>74</sup> BGHSt 23, 177 (194).

<sup>75</sup> Vgl. nur Wessels/Hettinger (Fn. 8), Rn. 127 m.w.N.; a.A. Köhne, Jura 2011, 650 (655), der das Sanktionengefälle zwischen Totschlag und Mord als Argument dafür heranzieht, die Fälle, in denen kein direkter Vorsatz vorliegt, von dem Merkmal auszunehmen.

<sup>76</sup> Schneider (Fn. 26), § 211 Rn. 238.

<sup>77</sup> Vgl. Lackner/Kühl (Fn. 5), § 211 Rn. 15 m.w.N.

<sup>78</sup> BGHSt 7, 287 (290 f.); kritisch zu dieser Auslegung Theile, JuS 2006, 110 (111); sowie Eser (Fn. 49), § 211 Rn. 35, der von einer „vordergründige[n] Wortklauberei“ spricht; zustimmend dagegen Neumann (Fn. 26), § 211 Rn. 104, der darauf verweist, dass in diesen Fällen das Unterlassen keine über die durch das aktive Tun geschaffene Gefahrenlage hinausgehende Gefahr begründe.

<sup>79</sup> BGH NJW 2000, 1730 (1732); BGH NStZ 2003, 312.

<sup>80</sup> Fischer (Fn. 25), § 211 Rn. 72; Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 60, 63.

<sup>81</sup> Schneider (Fn. 26), § 211 Rn. 243.

im Anschluss begangenen Tötung um eine *andere* Straftat im Sinne der Vorschrift handelt.<sup>82</sup>

Der BGH<sup>83</sup> hob in seiner früheren Rechtsprechung hervor, dass das Erfordernis einer *anderen* Straftat genutzt werden könne, um der auch vom BVerfG erhobenen Forderung nach einer restriktiven Auslegung der Mordmerkmale Rechnung zu tragen. Danach solle kein Mord vorliegen, wenn auch die Vortat sich gegen das Rechtsgut von Leib und Leben richtet (Gleichheit der Angriffsrichtung), beide Taten einer unvorhergesehenen Augenblickslage entspringen (sog. „Doppelspontaneität“) und unmittelbar ineinander übergehen (enges zeitliches und sachliches Zusammentreffen). In diesen Fällen, so der BGH, sei die Tat nicht gleichermaßen verwerflich wie in den Fällen des deutlichen zeitlichen Auseinanderfallens, falls sich die Vortat augenblicklich ergeben hatte und der Täter noch während oder unmittelbar nach ihr den Tötungsentschluss fasste. Dies gelte auch für die Fälle, in denen der Täter (wie hier) zunächst lediglich mit Körperverletzungsvorsatz gehandelt habe.

Diese Rechtsprechung hat der BGH<sup>84</sup> inzwischen aufgegeben. Die ggf. vorliegende psychische Ausnahmesituation des Täters rechtfertige eine solche Einschränkung des Mordmerkmals nicht. Wann eine Minderung der Hemmungsfähigkeit Berücksichtigung zu finden habe, richte sich nach § 21 StGB. Auch führe die Anerkennung dieser Ausnahme zu Wertungswidersprüchen mit dem Merkmal der niedrigen Beweggründe.

Ausnahmsweise, so der BGH,<sup>85</sup> solle eine andere Straftat gleichwohl zu verneinen sein, wenn eine mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommene Ersthandlung nicht zum Tode führe und der Täter in einem zweiten Schritt nunmehr mit direktem Tötungsvorsatz den Tod des Opfers herbeiführen wolle, um die zunächst begangene Körperverletzung zu verdecken. Das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht bzw. die graduelle Änderung des Tötungsvorsatzes sei nicht geeignet, das einheitliche Tatgeschehen zu unterteilen. Das sei nur bei einer zeitlichen Zäsur der Fall, jedoch nicht, wenn beide Tötungsakte unmittelbar ineinander übergingen.

Teile der Literatur kritisieren diese Differenzierung als wertungsmäßig nicht begründbar.<sup>86</sup> Sie führe zu einer nicht nachvollziehbaren Begünstigung desjenigen, der von Anfang an mit Tötungsvorsatz handle gegenüber demjenigen, der zunächst (nur) Körperverletzungsvorsatz aufweise.<sup>87</sup> Jedenfalls dann, wenn es sich um einen beendeten versuchten Totschlag oder Mord handelt, der bereits einen Erfolg im Sinne der

Körperverletzungsdelikte hervorgebracht habe, solle eine Einstufung dieser Tat als *andere Straftat* in Betracht gezogen werden.<sup>88</sup>

Überzeugend ist das nicht unbedingt. Die Rechtsprechung des BGH entspricht nicht nur dem Bedürfnis nach restriktiver Auslegung der Mordmerkmale. Zugleich erscheint es durchaus konsequent, dass bei der Einordnung der Vortat als „andere“ Straftat der Vorsatz des Täters (Tötung oder nur Körperverletzung?) herangezogen wird. Eine abschließende Streitentscheidung kann hier aber dahinstehen, da A zunächst nicht mit Tötungsvorsatz handelte. Trotz des engen zeitlich-räumlichen Zusammenhangs handelt es sich bei der gefährlichen Körperverletzung um eine „andere Straftat“; die Tötung des B erfolgte daher in Verdeckungsabsicht.

Da A auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, ist die Strafbarkeit gem. § 212, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB zu bejahen.

*Problem 4:* Objektiv gegebene Straftat notwendig oder subjektive Vorstellung ausreichend?

Der 19-jährige A möchte Jura studieren und ist momentan auf der „Ersti-Woche“ an seiner neuen Uni. Abends ist er mit Freunden auf Discotour. Dabei ist auch seine 18-jährige Cousine B. Beide feiern und tanzen ausgelassen. Danach gehen beide zu A und verbringen die Nacht miteinander. Am nächsten Morgen ist A über sein Verhalten erschrocken. Neulich erst hatte er gelesen, dass das Bundesverfassungsgericht wieder bestätigt habe, dass innerfamiliäre sexuelle Beziehungen allesamt strafbar seien. Sein Jura-Studium werde er als vorbestrafter Sexualstraftäter aufgeben müssen, da ist sich A sicher. Er könne nur die B aus dem Weg räumen, damit die Tat nicht durch deren Geschwätzigkeit ans Licht komme. Also sucht er die B auf und erdrosselt sie mit einem mitgebrachten Seil. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB?

Der objektive und subjektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB sind zu bejahen.

A könnte die B in Verdeckungsabsicht getötet haben. Als Anknüpfungstat könnte der sexuelle Verkehr herangezogen werden. Bei diesem müsste es sich um eine Straftat handeln.<sup>89</sup> In Betracht könnte, da es sich mangels gegenteiliger Angaben um einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehandelt hatte, lediglich die Norm des § 173 StGB kommen. Diese erfasst allerdings über Abs. 1 sowie Abs. 2 S. 1 nur den Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie sowie über Abs. 2 S. 2 den Beischlaf zwischen Geschwistern. Cousins und Cousinen sind unabhängig vom Grad der Ver-

<sup>82</sup> Zum Ganzen vgl. *Freund*, JuS 2002, 640 (641 ff.).

<sup>83</sup> BGHSt 27, 346 (348 f.).

<sup>84</sup> BGH NJW 1988, 2679; zustimmend u.a. *Kindhäuser* (Fn. 26), § 2 Rn. 44; vgl. auch *Sinn* (Fn. 13), § 211 Rn. 78.

Nichts anderes gilt in dem Fall, dass der Täter zunächst mit bedingtem Tötungsvorsatz handelt und anschließend jegliche Rettungsbemühungen unterlässt, vgl. BGH NSTZ 2003, 312.

<sup>85</sup> BGH NSTZ 1990, 385; BGH NSTZ 2000, 498 (499).

<sup>86</sup> *Neumann* (Fn. 26), § 211 Rn. 108; *Baier*, JA 2002, 842 (844), spricht von einem „kaum auflösbaren Wertungswiderspruch“.

<sup>87</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 65.

<sup>88</sup> Vgl. das Beispiel von *Theile*, JuS 2006, 110.

<sup>89</sup> Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur möchte unter den Begriff der *Straftat* nur eine mit Kriminalstrafe bedrohte Handlung fassen, vgl. BGHSt 28, 93 = NJW 1978, 2518; sowie *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 48; a.A. *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 25), § 2 Rn. 34, sowie *Schroeder*, JuS 1984, 275 (277), die auch Ordnungswidrigkeiten als erfasst ansehen möchten.

wandtschaft von der Vorschrift nicht erfasst. Ein Verstoß gegen anderweitige Normen des Strafrechts ist nicht ersichtlich. Es stellt sich daher die Frage, ob eine „andere Straftat“ auch dann vorliegt, wenn (wie hier) lediglich aus der Sicht des Täters eine solche gegeben ist, sie jedoch objektiv nicht vorliegt.

Die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung<sup>90</sup> und Literatur<sup>91</sup> lässt es ausreichen, dass eine Straftat nur in der (irrigen) Vorstellung des Täters stattgefunden hat. Der BGH führt aus, dass alleine der niedrige Beweggrund, dass der Täter das Leben eines Mitmenschen so sehr missachtet, dass er die Vernichtung als Mittel zu Verdeckung eigenen strafbaren Unrechts einsetzt, Maßstab für die Bewertung der Tat sei. Diese verwerfliche Motivation bestimme den besonderen Unwert der Tötung und charakterisiere sie als Mord. Auf die objektive Erreichbarkeit des Zwecks komme es nicht an.

Diese herrschende Meinung wird zwar teilweise in Zweifel gezogen,<sup>92</sup> entspricht aber dem allein auf die subjektive Tätervorstellung abzielenden Wortlaut der Norm sowie ihrem Sinn und Zweck. Folgt man ihr, ist „Verdeckungsabsicht“ des A zu bejahen.

Da A auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, ist die Strafbarkeit gem. §§ 212, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB zu bejahen.

*Problem 5: Außerstrafrechtlicher Verdeckungszweck*

A hatte B die Lieferung von 1 kg Rauschgift zu 1.500,- Euro auf Vorkasse wahrheitswidrig zugesagt. Das Geld wurde von B kurze Zeit später übergeben. Nachdem B auf die Lieferung drängte und A ihn bereits mehrfach vertröstet hatte, entschloss sich A dazu, den B aus dem Weg zu räumen. Er verabredete sich daher mit ihm unter dem Vorwand, er werde ihm das Rauschgift übergeben. Tatsächlich zog er bei der Verabredung eine Waffe und schoss den B nieder. A ging es dabei nicht darum, den B auf diese Weise von einer Anzeige abzuhalten, da er davon ausging, B werde aus Angst vor eigener Strafverfolgung ohnehin „dicht halten“. Vielmehr erhoffte er sich, durch die Tötung des B die Erschleichung des Geldes vertuschen und im Besitz des Geldes bleiben zu können. Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB?

Objektiver und subjektiver Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB sind erfüllt.

A könnte des Weiteren in Verdeckungsabsicht gehandelt haben. Dem A geht es darum, die Erlangung des Geldes aus einer Betrugstat gem. § 263 StGB<sup>93</sup> zu verheimlichen und eine Rückforderung des Geldes zu vermeiden. Nachdem er

<sup>90</sup> BGHSt 11, 226 = NJW 1958, 717; BGH NJW 1978, 2518

<sup>91</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 48; Jähnke (Fn. 32), § 211 Rn. 18; a.A. noch OGHSt 1, 190.

<sup>92</sup> Vgl. Wessels/Hettinger (Fn. 8), Rn. 124.

<sup>93</sup> Zu dieser (nicht unumstrittenen) Konstellation der Hingabe von Geld zu rechtswidrigen Zwecken s. nur Fischer (Fn. 25), § 263 Rn. 105.

allerdings keine Anzeige des B befürchtet hatte und folglich eine Strafverfolgung aus seiner Sicht nahezu ausgeschlossen gewesen war, ging es ihm dabei um einen außerstrafrechtlichen Verdeckungszweck. Ob ein solcher vom Mordtatbestand in der Verdeckungsvariante erfasst sein soll, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Der BGH<sup>94</sup> und ein Teil der Literatur<sup>95</sup> lassen es genügen, dass der Täter rein außerstrafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden beabsichtigt. Der Mord sei, so der BGH, in keiner Begehungsform ein gegen die Belange der Rechtspflege gerichtetes Delikt. Die Verdeckungsmodalität habe ihre Existenzberechtigung in der Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht. Eine Einschränkung auf strafrechtliche Zwecke sei dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen.<sup>96</sup>

Ein nicht unwesentlicher Teil des Schrifttums<sup>97</sup> verlangt dagegen, dass sich die Absicht der Verdeckung gerade auf die Vermeidung strafrechtlicher Konsequenzen beziehen muss. Es wird darauf verwiesen, dass der Wortlaut und der Unrechtsgehalt die Auslegung der h.M. zwar erlaube<sup>98</sup>, sie jedoch den Qualifikationsgrund, den Schutz staatlicher Strafverfolgungsinteressen gegen massive, strafatverdeckende Eingriffe nicht trage.<sup>99</sup> Die verdeckungsnahen Motive bei außerstrafrechtlichen Zwecken sollten daher besser den niedrigen Beweggründen zugewiesen werden.<sup>100</sup> Ergänzend kann auch hier das Bedürfnis nach restriktiver Auslegung der Mordmerkmale ins Feld geführt werden, das hier sogar einen spezifischen Hintergrund hat; denn die der Verdeckungshandlung regelmäßig innewohnende Selbstbegünstigungstendenz ist durchaus ambivalent und wird an anderen Stellen im Gesetz (vgl. § 258 Abs. 6 StGB) sogar zugunsten des Handelnden bewertet. Folgt man dem, ist „Verdeckungsabsicht“ des A vorliegend zu verneinen.

A hat sich nicht gem. §§ 212, 211 Abs. 1, Abs. 2 Alt. 9 StGB strafbar gemacht.

<sup>94</sup> BGHSt 41, 8 (9 f.); BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ 1999, 615; BGH NStZ-RR 2005, 201.

<sup>95</sup> Eser (Fn. 49), § 211 Rn. 34; Eisele (Fn. 15), Rn. 123.

<sup>96</sup> Hohmann/Sander (Fn. 14), § 2 Rn. 83.

<sup>97</sup> Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 26), § 1 Rn. 77; Buttell/Rotsch, JuS 1996, 327 (329).

<sup>98</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 56; Theile, ZJS 2011, 405 (407), spricht davon, dass sich gleichwohl ein „gewisses Unbehagen“ rege.

<sup>99</sup> Lackner/Kühl (Fn. 5), § 211 Rn. 12.

<sup>100</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 56; Theile, ZJS 2011, 405 (407).