

Strafrecht - Besonderer Teil I

**Straftaten gegen die Person
und die Allgemeinheit**

von

Dr. jur. Rolf Schmidt

**Professor an der Hochschule
der Polizei Hamburg**

und

Dr. jur. Klaus Priebe

Rechtsanwalt in Berlin

9. Auflage 2010

Gliederung

Einführung	1
1. Kapitel – Straftaten gegen das menschliche Leben	3
A. Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes	3
I. Die Systematik der Tötungsdelikte	3
II. Das Verhältnis der vorsätzlichen Tötungsdelikte untereinander	3
III. Beginn und Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes	3
B. Totschlag (§ 212).....	8
I. Tatbestand	8
1. Objektiver Tatbestand: Tötung eines anderen Menschen	8
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz in Form von <i>dolus eventualis</i>	9
II. Rechtswidrigkeit	13
III. Schuld	13
IV. Weitere Strafbarkeitsbedingungen/Strafzumessungsregeln	14
1. Besonders schwerer Fall des Totschlags (§ 212 II).....	14
2. Minder schwerer Fall des Totschlags (§ 213)	15
a. „Provozierter“ Totschlag (§ 213 Var. 1)	15
b. Unbenannter „sonst minder schwerer Fall“ (§ 213 Var. 2)	16
C. Mord (§ 211)	18
I. Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe	18
II. Aufbauhinweise für die Fallbearbeitung	23
III. Einzelne Mordmerkmale	25
1. Tatbezogene Mordmerkmale der 2. Gruppe	25
a. Heimtücke (§ 211 II Var. 5)	26
b. Grausam (§ 211 II Var. 6).....	33
c. Mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 II Var. 7).....	34
2. Täterbezogene Mordmerkmale der 1. Gruppe (Motivmerkmale)	35
a. Mordlust (§ 211 II Var. 1).....	36
b. Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (§ 211 II Var. 2).....	36
c. Habgier (§ 211 II Var. 3)	37
d. Sonstige niedrige Beweggründe (§ 211 II Var. 4)	38
3. Täterbezogene Mordmerkmale der 3. Gruppe (Absichtsmerkmale).....	41
a. Um eine andere Straftat zu ermöglichen (§ 211 II Var. 8)	41
b. Um eine andere Straftat zu verdecken (§ 211 II Var. 9)	43
IV. Teilnahmeprobleme in Bezug auf §§ 212, 211	47

1. Teilnahme am Mord mit tatbezogenen Merkmalen.....	47
2. Teilnahme am Mord mit täterbezogenen Merkmalen.....	48
a. Akzessoritätslockerung durch § 28.....	48
b. „Gekreuzte Mordmerkmale“.....	52
c. Zusammenfassung und Aufbauhinweise.....	54
D. Tötung auf Verlangen (§ 216)	55
I. Tatbestand.....	56
1. Objektiver Tatbestand.....	56
2. Subjektiver Tatbestand und Tatbestandsirrtümer	57
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	58
E. Euthanasie, Sterbehilfe, Suizid.....	59
I. Euthanasie und Sterbehilfe	59
II. Suizid (Selbsttötung).....	62
1. Freiverantwortliche und nicht freiverantwortliche Selbsttötung	63
a. Mittelbare Täterschaft durch Strafbarkeitsmangel des Werkzeugs.....	63
b. Geschehenlassen eines Suizids durch den Garanten.....	65
c. Strafbarkeit des Garanten wegen unterlassener Hilfeleistung?.....	66
d. Strafbarkeit des Dritten wegen fahrlässiger Tötung?	66
2. Einverständliche Fremdgefährdung.....	69
III. Abgrenzung zwischen § 216 und strafloser Beihilfe an einer Selbsttötung.....	69
IV. Teilnahmeprobleme.....	71
F. Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff.)	73
I. Tatbestand.....	73
II. Rechtswidrigkeit	74
III. Schuld und Strafzumessungsgesichtspunkte	76
G. Aussetzung (§ 221).....	77
I. Tatbestand.....	78
1. Objektiver Tatbestand.....	78
a. Tathandlung gem. § 221 I Nr. 1	78
b. Tathandlung gem. § 221 I Nr. 2	79
c. Taterfolg: Konkrete Gefahr.....	81
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz.....	82
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	82
IV. Qualifikationen (§ 221 II und III)	82
V. Teilnahmeprobleme.....	85

VI. Konkurrenzfragen.....	86
H. Fahrlässige Tötung (§ 222)	86
2. Kapitel – Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit	87
A. Körperverletzung (§ 223)	88
I. Tatbestand.....	89
1. Objektiver Tatbestand.....	89
a. Körperliche Misshandlung (§ 223 I Var. 1).....	89
b. Gesundheitsschädigung (§ 223 I Var. 2).....	91
c. Körperverletzung durch Unterlassen.....	92
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz.....	92
II. Rechtswidrigkeit	92
III. Schuld.....	93
IV. Strafbarkeit des Versuchs.....	93
B. Gefährliche Körperverletzung (§ 224)	94
I. Tatbestand.....	95
1. Objektiver Tatbestand.....	95
a. Beibringen von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen (Nr. 1).....	95
b. Mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (Nr. 2).....	98
c. Mittels eines hinterlistigen Überfalls (Nr. 3).....	102
d. Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (Nr. 4).....	102
e. Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (Nr. 5).....	105
aa. Allgemeine Auslegungstendenzen	105
bb. Insbesondere: HIV.....	106
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz.....	108
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	111
IV. Strafzumessungsgesichtspunkte	111
C. Schwere Körperverletzung (§ 226).....	112
I. Erfolgs- bzw. Tatbestandsqualifikation zu § 223	112
II. Die erfolgsqualifizierenden Deliktsmerkmale	114
1. Eintritt einer in § 226 I genannten schweren Folge.....	114
2. Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang.....	120
3. Fahrlässige/vorsätzliche Verursachung einer der schweren Folgen.....	120
4. Versuchte Erfolgsqualifikation	120
5. Verhältnis zu den Tötungsdelikten	120
6. Problem der Privilegierungsfunktion des § 216.....	123

D. Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227)	123
I. Erfolgsqualifikation zu § 223	123
II. Der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang.....	124
1. Erfordernis eines „Unmittelbarkeitszusammenhangs“	124
2. Versuchte Körperverletzung mit Todesfolge.....	126
3. Selbstschädigung des Opfers u. Eingreifen Dritter in das Geschehen	128
4. Zusammentreffen erfolgsqualifizierter Versuch / Selbstschädigung des Opfers	130
5. Unmittelbarkeitserfordernis bei Unterlassungstaten	133
6. Verminderte Steuerungsfähigkeit beim Täter	134
III. Beteiligung am erfolgsqualifizierten Delikt	134
IV. Verhältnis zu den Tötungsdelikten / Konkurrenzen.....	136
E. Körperverletzung im Amt (§ 340)	137
F. Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225)	138
G. Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231)	140
I. Tatbestand.....	141
1. Objektiver Tatbestand.....	141
2. Subjektiver Tatbestand	142
3. Tod oder schwere Körperverletzung eines Menschen	142
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	143
IV. Frühzeitiges Aussteigen/späteres Hinzukommen eines Beteiligten	144
H. Fahrlässige Körperverletzung (§ 229)	146
I. Konkurrenzen in Bezug auf Körperverletzung und Tötung	147
3. Kapitel – Brandstiftungsdelikte	148
A. Einführung und Systematik	148
B. Brandstiftung (§ 306)	149
I. Tatbestand.....	150
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	155
III. Strafzumessungs-/Strafaufhebungsgesichtspunkte	156
C. Abstraktes Gefährdungsdelikt <i>schwere Brandstiftung</i> (§ 306a I) .	156
I. Tatbestand.....	157
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	160
III. Strafzumessungs-/Strafaufhebungsgesichtspunkte	160

IV. Teleologische Reduktion?.....	161
D. Konkretes Gefährdungsdelikt <i>schwere Brandstiftung</i> (§ 306a II)	162
E. Erfolgsqualifikation <i>besonders schwere Brandstiftung</i> (§ 306b I)	164
I. Die erfolgsqualifizierenden Voraussetzungen des § 306b I.....	164
II. Erfolgsqualifizierter Versuch.....	166
F. Qualifikationstatbestand <i>besonders schwere Brandstiftung</i>	
(§ 306b II)	168
I. Qualifikation zu § 306a.....	168
II. Einschränkende Auslegung des § 306b II Nr. 2.....	169
G. Erfolgsqualifikation <i>Brandstiftung mit Todesfolge</i> (§ 306c)	171
H. Fahrlässige Brandstiftung (§ 306d).....	175
I. Tätige Reue (§ 306e).....	175
J. Konkurrenzen der Brandstiftungsdelikte	176
4. Kapitel – Straßenverkehrsdelikte	177
A. Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (§ 315b).....	178
I. Einführung und Abgrenzung zu § 315c.....	178
II. Tatbestandsvoraussetzungen des § 315b I.....	183
1. Objektiver Tatbestand des § 315b I.....	183
a. Zerstören, Beschädigen oder Beseitigen von Anlagen oder Fahrzeugen	183
b. Bereiten eines Hindernisses.....	184
c. Vornehmen eines ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs	184
d. Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen?.....	185
e. „1.“ Taterfolg: Beeinträchtigung der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs	186
f. „2.“ Taterfolg: Konkrete Gefährdung eines der genannten Rechts-güter.....	187
g. Verkehrsspezifische Verknüpfung von Beeinträchtigung und Gefährdung	187
2. Subjektiver Tatbestand des § 315b I.....	188
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	189
IV. Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 315b I i.V.m. IV.....	189
V. Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombination des § 315b I i.V.m. V.....	190
VI. Gefährlicher Eingriff unter den Voraussetzungen des § 315 III.....	190

B. Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c)	192
I. Einführung und Abgrenzung zu § 315b.....	192
II. Tatbestandsvoraussetzungen des § 315c.....	193
1. Objektiver Tatbestand des § 315c	193
a. Rauschbedingte Fahruntüchtigkeit (§ 315c I Nr. 1a)	195
b. Mängelbedingte Fahruntüchtigkeit (§ 315c I Nr. 1b)	198
c. Die sieben „Todsünden“ (§ 315c I Nr. 2)	199
d. Taterfolg: Konkrete Gefahr für eines der genannten Schutzgüter	199
e. Zurechnungs- und Schutzzweckzusammenhang („Pflichtwidrigkeitszusammenhang“)	202
2. Subjektiver Tatbestand gem. § 315c I.....	202
3. Fahrlässige Verursachung der Gefahr gem. § 315c III	203
a. Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination gem. § 315c I i.V.m. III Nr. 1	203
b. Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombination gem. § 315c I i.V.m. III Nr. 2 ...	203
III. Rechtswidrigkeit	203
IV. Schuld	206
V. Versuch.....	206
VI. Teilnahme	206
VII. Konkurrenzen	207
C. Trunkenheit im Verkehr (§ 316)	208
D. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (§ 142)	209
I. Tatbestand des § 142 I	212
1. Objektiver Tatbestand.....	212
a. Unfall im Straßenverkehr	212
b. Eigenschaft der fraglichen Person als Unfallbeteiligter (i.S.v. § 142 V)	215
c. Tathandlung: Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort.....	216
2. Subjektiver Tatbestand	219
II. Tatbestand des § 142 II	220
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	224
IV. Absehen von Strafe (§ 142 IV)	224
V. Konkurrenzen	225
E. Vollrausch (§ 323a).....	226
I. Tatbestand.....	227
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	230
IV. Teilnahme	230
F. Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c).....	232

5. Kapitel – Straftaten im Amt	235
A. Einführung	235
B. Vorteilsannahme (§ 331)	235
I. Tatbestand	236
1. Objektiver Tatbestand	236
2. Subjektiver Tatbestand	237
II. Rechtswidrigkeit, Genehmigung nach § 331 III	238
III. Schuld	238
IV. Teilnahme	238
C. Bestechlichkeit (§ 332)	238
D. Vorteilsgewährung (§ 333)	239
E. Bestechung (§ 334)	239
6. Kapitel – Straftaten gegen die persönliche Freiheit	241
A. Nötigung (240)	241
I. Tatbestand	242
1. Objektiver Tatbestand	242
a. Nötigungsmittel	242
aa. Gewalt	243
a.) Herleitung des gegenwärtigen Gewaltbegriffs	243
b.) Gewalt gegen Sachen	247
c.) Dreiecksnötigung - Gewalt gegen Dritte	247
d.) Gewalt durch Unterlassen	248
e.) Tatbestandsausschließendes Einverständnis	248
bb. Nötigungsmittel: Drohung mit einem empfindlichen Übel	248
a.) Begriff der Drohung	248
b.) Drohung durch Unterlassen	249
c.) Drohung mit einem Unterlassen	249
cc. Verhältnis zwischen Gewalt und Drohung	250
b. Nötigungserfolg	250
c. Kausaler und nötigungsspezifischer Zusammenhang zwischen Mittel und Erfolg	250
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz	250
II. Rechtswidrigkeit	251
1. Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen	251

2. Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation	251
3. Irrtümer: Erlaubnistatbestandsirrtum und Erlaubnisirrtum	255
III. Schuld	255
IV. Besonders schwerer Fall mit Regelbeispielen, § 240 IV S. 1, S. 2 Nr. 1, 2 und 3 .	255
V. Konkurrenzen	256
B. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113).....	257
I. Tatbestand.....	258
1. Objektiver Tatbestand.....	258
a. Geschützter Personenkreis	258
b. Tathandlung.....	259
aa. Widerstandleisten mittels Gewalt	260
bb. Drohung mit Gewalt	260
cc. Tätlicher Angriff	261
c. Tauglicher Täterkreis.....	261
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz.....	261
3. Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung (§ 113 III).....	261
II. Rechtswidrigkeit	265
III. Schuld.....	265
IV. Besonders schwere Fälle (§ 113 II).....	266
V. Konkurrenzen	267
C. Freiheitsberaubung (§ 239)	268
I. Tatbestand.....	269
1. Objektiver Tatbestand.....	269
a. Tathandlungen	269
aa. Einsperren (§ 239 I Var. 1).....	269
bb. Auf sonstige Weise der Freiheit berauben (§ 239 I Var. 2).....	269
cc. Tatbestandsausschließendes Einverständnis	270
b. Tatobjekt	270
aa. Physische Beeinträchtigung des Opfers	270
bb. Unkenntnis des Opfers	271
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz.....	272
II. Rechtswidrigkeit	272
III. Schuld.....	272
IV. Qualifikationen gem. § 239 III, IV	273
V. Strafzumessungsregel gem. § 239 V.....	273
VI. Konkurrenzen	273

D. Erpresserischer Menschenraub (§ 239a)	274
I. Tatbestand des § 239a I Var. 1	276
1. Objektiver Tatbestand	276
2. Subjektiver Tatbestand.....	277
II. Tatbestand des § 239a I Var. 2	280
1. Objektiver Tatbestand	280
2. Subjektiver Tatbestand.....	282
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	282
IV. Erfolgsqualifikation (§ 239a III)	282
V. Tätige Reue, § 239a IV	283
VI. Konkurrenzen	283
E. Geiselnahme (§ 239 b)	283
F. Menschenraub (§ 234)	284
I. Tatbestand	284
1. Objektiver Tatbestand	284
2. Subjektiver Tatbestand.....	284
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	285
G. Entziehung Minderjähriger (§ 235)	286
H. Bedrohung (§ 241)	287
I. § 241 I: Bedrohen mit einem Verbrechen	287
II. § 241 II: Vortäuschen eines bevorstehenden Verbrechens	287
III. Subjektiver Tatbestand	287
IV. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	287
V. Konkurrenzen	287
7. Kapitel – Straftaten gegen die persönliche Ehre	288
A. Einführung	288
B. Beleidigung (§ 185)	290
I. Tatbestand	291
1. Objektiver Tatbestand	291
a. Tathandlung des § 185 Var. 1	291
b. Ehrverletzender Inhalt der Äußerung.....	293
c. Tatobjekt: Der Ehrträger.....	297
aa. Der lebende Mensch als Individualperson	297

bb. Personengesamtheiten (Kollektivbeleidigung).....	298
cc. Einzelperson unter einer Kollektivbezeichnung.....	298
2. Subjektiver Tatbestand	299
II. Rechtswidrigkeit	299
III. Schuld.....	300
IV. Qualifikation der Beleidigung (§ 185 Var. 2).....	300
V. Strafantrag (§ 194); Privatklage (§ 374 I Nr. 2 StPO).....	300
VI. Straffreiheit nach § 199	300
VII. Konkurrenzen	300
C. Üble Nachrede (§ 186).....	301
I. Tatbestand.....	301
1. Objektiver Tatbestand.....	301
2. Subjektiver Tatbestand	302
3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit.....	303
II. Rechtswidrigkeit	303
III. Schuld.....	303
IV. Qualifikation nach § 186 Var. 2 und § 188 I.....	303
D. Verleumdung (§ 187).....	304
E. Rechtfertigungsgrund gem. § 193	305
F. Übungsfall zu den Beleidigungsdelikten	307
8. Kapitel – Straftaten gegen die öffentliche Ordnung	308
A. Hausfriedensbruch (§ 123)	308
I. Tatbestand.....	309
1. Objektiver Tatbestand.....	309
a. Geschützte Objekte	309
b. Tathandlungen: Eindringen oder Sich-Nicht-Entfernen	312
c. Hausrechtsinhaber: Der Berechtigte	314
2. Subjektiver Tatbestand	315
II. Rechtswidrigkeit	315
III. Schuld.....	316
IV. Konkurrenzen	316
V. Strafantrag und Privatklage.....	316

B. Schwerer Hausfriedensbruch (§ 124)	317
I. Tatbestand	317
1. Objektiver Tatbestand	317
2. Subjektiver Tatbestand.....	317
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	317
C. Landfriedensbruch (§ 125)	318
D. Öffentliche Aufforderung zu Straftaten (§ 111)	318
E. Verwahrungsbruch (§ 133)	319
I. Tatbestand	319
1. Objektiver Tatbestand	319
2. Subjektiver Tatbestand.....	321
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	321
IV. Qualifikation nach § 133 III – Amtsträgereigenschaft.....	321
F. Verstrickungsbruch (§ 136 I)	321
I. Tatbestand	321
1. Objektiver Tatbestand	321
2. Subjektiver Tatbestand.....	322
3. Rechtmäßigkeit der Diensthandlung (§ 136 III).....	322
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	323
G. Siegelbruch (§ 136 II)	323
H. Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138)	324
9. Kapitel – Delikte gegen die Rechtspflege	326
A. Begünstigung (§ 257)	326
I. Tatbestand	327
1. Objektiver Tatbestand	327
a. Vorliegen einer Vortat.....	327
b. Vortat ist zwar vollendet, aber noch nicht beendet	328
c. Tathandlung: Hilfeleisten	330
2. Subjektiver Tatbestand.....	331
a. Vorsatz	331
b. Vorteilssicherungsabsicht.....	331
c. Irrtümer	331

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	331
IV. § 257 III S. 1 als persönlicher Strafausschließungsgrund.....	332
1. § 257 III S. 1 – Beteiligung an der Vortat.....	332
2. § 257 III S.2 – Ausnahme: Strafbare Anstiftung.....	332
V. Analoge Anwendung des § 258 VI?	332
VI. Versuch und Vollendung	333
VII. Strafantrag nach § 257 IV.....	333
VIII. Konkurrenzen.....	333
B. Strafv ereitelung (§ 258)	334
I. Tatbestand.....	335
1. Objektiver Tatbestand des § 258 I.....	335
2. Objektiver Tatbestand des § 258 II	341
3. Subjektiver Tatbestand	341
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	341
IV. Beteiligungsprobleme	341
V. Persönliche Strafausschließungsgründe.....	342
1. § 258 V - Selbstschutzprivileg	342
2. § 258 VI - Angehörigenprivileg.....	342
VI. Qualifikationstatbestand des § 258a.....	343
VII. Konkurrenzen	345
C. Falsche Verdächtigung (§ 164)	346
I. Tatbestand.....	346
1. Objektiver Tatbestand.....	346
2. Subjektiver Tatbestand	349
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	350
IV. Strafzumessung/Absehen von Strafe	351
V. Konkurrenzen	351
D. Vortäuschen einer Straftat (§ 145d).....	351
I. Tatbestand.....	351
1. Objektiver Tatbestand.....	351
a. § 145d I Nr. 1.....	351
b. § 145d I Nr. 2	353
c. § 145d II Nr. 1.....	353
d. § 145d II Nr. 2	354
2. Subjektiver Tatbestand	354
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	354

IV. Strafmilderung/Absehen von Strafe.....	355
V. Konkurrenzen	355
E. Falsche uneidliche Aussage (§ 153).....	356
I. Tatbestand.....	357
1. Objektiver Tatbestand.....	357
2. Subjektiver Tatbestand.....	360
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	360
IV. Strafmilderung und Absehen von Strafe (§§ 157, 158).....	360
1. Aussagenotstand (§ 157 I und II).....	360
2. Berichtigung einer falschen Angabe (§ 158).....	362
3. Analoge Anwendung der §§ 157, 158 auf §§ 145d, 164, 257, 258?.....	362
4. Anwendbarkeit des § 28 I auf Teilnehmer?.....	362
F. Meineid (§ 154).....	362
I. Tatbestand.....	364
1. Objektiver Tatbestand.....	364
2. Subjektiver Tatbestand.....	365
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	365
IV. Strafmilderung und Absehen von Strafe, §§ 157, 158, § 28 I für Teilnehmer	365
G. Falsche Versicherung an Eides statt (§ 156)	366
I. Tatbestand.....	366
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	367
H. Fahrlässiger Falscheid; fahrlässige Versicherung an Eides statt (§ 161).....	367
I. Beteiligungs- und Irrtumsprobleme zu §§ 153 ff. (§§ 160 und 159)	368
J. Konkurrenzen im Bereich der Aussagedelikte	373
10. Kapitel – Urkundendelikte	374
A. Einführung und Begriff der Urkunde.....	374
I. Geschütztes Rechtsgut	375
II. Der strafrechtliche Urkundenbegriff und seine Formen.....	375
1. Der Urkundenbegriff anhand der „einfachen“ Urkunde.....	376
a. Perpetuierungsfunktion.....	376

aa. Gedanklicher Inhalt	377
bb. Feste Verkörperung	377
cc. Optisch-visuelle Wahrnehmbarkeit	377
b. Beweisfunktion	377
aa. Beweiseignung (objektives Element)	377
bb. Beweisbestimmung (subjektives Element)	378
c. Garantiefunktion	378
aa. Begriff des Ausstellers	378
bb. Erkennbarkeit des Ausstellers	379
2. Abgrenzung von Beweiszeichen und Kennzeichen	381
3. Zusammengesetzte Urkunde	382
4. Gesamturkunde	384
5. Sonderfälle (insb. Kopien und Telefaxe)	385
a. Entwurf	385
b. Vordruck	385
c. Einfache Abschrift	386
d. Durchschrift	386
e. Fotokopie	386
f. Collage	389
g. Telefax, Computerfax und E-Mail	390
6. Die Echtheit der Urkunde	391
B. Urkundenfälschung (§ 267)	392
I. Tatbestand	393
1. Objektiver Tatbestand	393
a. Herstellen einer unechten Urkunde (§ 267 I Var. 1)	393
b. Verfälschen einer echten Urkunde (§ 267 I Var. 2)	396
c. Gebrauchen einer unechten/verfälschten Urkunde (§ 267 I Var. 3)	402
2. Subjektiver Tatbestand	402
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	403
IV. Strafzumessungsgesichtspunkte gem. § 267 III	403
V. Qualifikation gem. § 267 IV	403
VI. Konkurrenzen	404
C. Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268)	405
I. Tatbestand	406
1. Objektiver Tatbestand	406
2. Subjektiver Tatbestand	411
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	411

VI. Strafzumessungsgesichtspunkte und Qualifikation	411
D. Fälschung beweiserheblicher Daten (§ 269)	412
I. Tatbestand	412
1. Objektiver Tatbestand	412
2. Subjektiver Tatbestand	414
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	414
E. Mittelbare Falschbeurkundung (§ 271) und Falschbeurkundung im Amt (§ 348)	415
I. Tatbestand	416
1. Objektiver Tatbestand	416
a. Falschbeurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache	416
b. Falschbeurkundung in einer öffentlichen Urkunde	417
c. Gesteigerte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde	417
d. Bewirken der Falschbeurkundung	419
e. Gebrauchen der falschen Beurkundung oder Datenspeicherung	419
2. Subjektiver Tatbestand	420
III. Rechtswidrigkeit und IV. Schuld	420
V. Qualifikationstatbestand des § 271 III	420
IV. Konkurrenzen	420
F. Urkundenunterdrückung (§ 274)	421
I. Tatbestand	421
1. Objektiver Tatbestand	421
2. Subjektiver Tatbestand	422
II. Rechtswidrigkeit	423
III. Schuld	423
IV. Konkurrenzen	423
G. Übungsfall zu den Urkundendelikten	423

C. Mord (§ 211)

I. Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe

Mord ist die besonders verwerfliche Tötung eines *anderen* Menschen unter Verwirklichung eines oder mehrerer der in § 211 II genannten Mordmerkmale. Er ist, ohne dass vom Gesetz minder schwere Fälle vorgesehen wären (§ 213 bezieht sich nur auf § 212), mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht. Zur Restaussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe vgl. § 57a. Mord verjährt nicht, § 78 II.

37
38

Obleich Mord gesetzessystematisch vorangestellt ist, handelt es sich nach dem Schrifttum (siehe Rn 2 ff., aber auch Rn 146 ff.) bei § 211 weder um den Grundtatbestand der übrigen Tötungsdelikte noch um einen diesen gegenüber selbstständigen Tatbestand. Vielmehr sei Mord als Qualifikation des als Grundtatbestand zu verstehenden Totschlags zu verstehen. Demgegenüber geht die (bisherige) Rechtsprechung bei § 211 von einem selbstständigen Delikt aus.⁶³

Weiterhin wird die systematische Stellung der Mordmerkmale innerhalb der Verbrechensstufen des § 211 kontrovers diskutiert. Die in § 211 II aufgeführten Mordmerkmale lassen sich in drei Gruppen unterteilen⁶⁴:

- 39
- Die Gruppe 1 enthält in vier Varianten besonders verwerfliche Beweggründe (**Motive**), also **täterbezogene** Merkmale: Tötung aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder aus sonst niedrigen Beweggründen.
 - Die Gruppe 2 enthält in drei Varianten besonders verwerfliche **Begehungsweisen**, also **tatbezogene** Merkmale: heimtückische Tötung, grausame Tötung und Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln.
 - Die Gruppe 3 enthält in zwei Varianten besondere **Absichten**, also wiederum **täterbezogene** Merkmale: Tötung, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

40

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie noch zu sehen sein wird, sind die Mordmerkmale der 2. Gruppe aufgrund ihrer Tatbezogenheit objektiv *und* subjektiv und die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe aufgrund der Beschreibung von Motiv- bzw. Absichtsmerkmalen ausschließlich subjektiv zu prüfen. Auch wird im Folgenden noch darzulegen sein, dass die Merkmale der 2. Gruppe unstrittig Tatbestandsmerkmale sind und dass die Merkmale der 1. und der 3. Gruppe lediglich herrschend als Tatbestandsmerkmale⁶⁵, teilweise aber auch als Schildelemente⁶⁶ interpretiert werden. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Überschaubarkeit bei der Rechtsanwendung sollte man aber *alle* Mordmerkmale als Tatbestandsmerkmale behandeln mit der Folge, dass sich die Prüfung der Mordmerkmale ausschließlich als Tatbestandsprüfung, nicht jedoch als Schuldprüfung darstellt. Das hat vor allem Auswirkungen im Irrtumsbereich (je nach Einordnung greifen § 16 oder § 17). Konsequenzen ergeben sich aber auch im Teilnahmebereich, denn § 28 gilt nur für Tatbestandsmerkmale. Betrachtet man die subjektiven Mordmerkmale dagegen als spezielle Schuldmerkmale, greift nicht § 28, sondern § 29.

- 41
- Der vorstehende Katalog ist jedenfalls insoweit abschließend, als nur bei positivem Vorliegen von mindestens einem der Mordmerkmale der objektive Tatbestand verwirklicht sein kann. Fraglich ist hingegen, ob § 211 II auch in der Weise abschließend ist, dass bei Vorliegen eines seiner Merkmale *zwingend* auf Mord zu erkennen ist. Diese Frage stellt

⁶³ Zu dem sich anbahnenden Dogmenwechsel vgl. Rn 150a.

⁶⁴ Vgl. bereits die 1. Auflage **2002** dieses Buches; ganz ähnlich auch *Kraatz*, Jura **2006**, 613, 614 ff.

⁶⁵ BGHSt **1**, 368, 370 f.; BGH NSTZ-RR **2002**, 139; BGH NJW **2002**, 3559, 3560; *Detter*, NSTZ **2003**, 133; *SK-Horn*, § 211 Rn 3; *LK-Jähnke*, Vor § 211 Rn 46-49; *Baier*, JA **2002**, 925, 926 f.

⁶⁶ So *Wessels/Beulke*, AT, Rn 422 u. 559. Näher *Jescheck/Weigend*, AT, § 42 I 2, II 3a; *Sch/Sch-Lenckner/Eisele*, Vorbem §§ 13 ff Rn 122. Vgl. auch *Grunst*, Jura **2002**, 252, 253.

sich vor allem dann, wenn die durch ein Mordmerkmal erschwerte Tötung gleichzeitig durch unrechtmildernde Umstände relativiert wird, so beispielsweise bei der **heimtückischen Tötung eines äußerst brutalen Familientyrannen**.

Beispiel⁶⁷: T, „Präsident“ mehrerer gewalttätiger Rockergruppen und Inhaber einer Gaststätte, misshandelte über Jahre hinweg seine Frau F und seine beiden Töchter. Wann immer er meinte, F habe etwas falsch gemacht, versetzte er ihr einen Faustschlag ins Gesicht. Er titulierte sie regelmäßig als „Schlampe“, „Hure“ oder „Fotze“ und bedachte sie mit Ohrfeigen oder Fußtritten. Schließlich wurden seine Gewalttätigkeiten noch intensiver und häufiger. Es kam vor, dass er seine Frau mit einem Baseballschläger oder sonstigen Gegenständen schlug, die gerade für ihn greifbar waren. Er misshandelte und demütigte sie auch vor seinen Freunden in seinem Motorradclub: Eines Tages schlug er sie in Anwesenheit der versammelten Vereinsmitglieder, zwang sie, vor ihm niederzuknien und ihm nachzusprechen, sie sei eine „Schlampe“ und der „letzte Dreck“. F nahm die ständigen Beleidigungen und Körperverletzungen ohne Widerworte oder gar Gegenwehr hin; sie befürchtete, dass ihr Mann sich sonst noch mehr erzürnen und noch kräftiger zuschlagen werde. Auch die beiden Töchter bekamen jetzt Schläge „ins Genick“, wenn sie sich seiner Auffassung nach aufsässig oder unbotmäßig verhielten.

42

Durch die fortgesetzten Beleidigungen und Tätlichkeiten geriet F an die Grenzen ihrer psychischen und physischen Belastbarkeit. Körperlich magerte sie immer mehr ab. Als sie in diesem Zustand von T auch noch schwanger wurde, erlitt sie eine Fehlgeburt.

Als T am Tattag gegen 3.30 Uhr nach Hause kam, stritt er erneut mit F. Eine halbe Stunde lang beschimpfte er sie, bespuckte sie und schlug ihr ins Gesicht, sodass sie aus dem Mund blutete. Er versetzte ihr unvermittelt einen so starken Faustschlag in den Magen, dass sie sich vor Schmerz zusammenkrümmte. Er war nun wütend, weil F dabei gegen eine Tür gestoßen war; er hielt ihr vor, dass die Tür hätte beschädigt werden können. Sodann trat T, der nun Springerstiefel trug, mindestens zehnmals auf die schließlich am Boden liegende F ein, kniete sich auf sie und schlug ihr mit den Fäusten ins Gesicht. Schließlich ging er zu Bett, während F wach blieb, weil T ihr befohlen hatte, noch die Wohnung aufzuräumen.

Beim Saubermachen stieß F auf den von T illegal erworbenen achtschüssigen Revolver „Double Action“ der Marke Animus, Kaliber 22 Magnum, nebst Munition. Diesen verwahrte ihr Mann normalerweise in der Gaststätte, um sich gegen Racheakte verfeindeter Rockergruppen und Überfälle zu schützen.

F hielt ihre Situation für vollkommen ausweglos. Sie sah in ihrer Situation keinen anderen Ausweg, als ihren Mann zu töten, um den Gewalttätigkeiten zu entkommen und ihre eigene sowie die Unversehrtheit ihrer Töchter für die Zukunft zu garantieren. Eine Trennung von ihrem Mann meinte sie auch mit Hilfe staatlicher oder karitativer Einrichtungen nicht bewerkstelligen zu können. Für diesen Fall hatte er ihr wiederholt angedroht, dass er den Töchtern etwas antun werde. Auch sie selbst könne er jederzeit ausfindig machen. Selbst wenn er ins Gefängnis käme, sei sie nicht vor ihm sicher. Er werde schließlich irgendwann „wieder rauskommen“. Überdies könne er auch aus dem Gefängnis heraus seine Freunde aus den Rockergruppen beauftragen, ihr etwas anzutun. Die Angeklagte nahm diese Drohungen ernst. Tatsächlich waren T und die Rockergruppen, denen er angehörte, gerichtsbekannt äußerst gewalttätig.

Nachdem F nach dem Auffinden des Revolvers längere Zeit mit sich gerungen hatte, ob dies die Gelegenheit sei, die von ihr bereits seit einiger Zeit in Aussicht genommene Tat zu begehen, entschloss sie sich, den Schritt zu wagen und ihren Ehemann zu töten. Sie sah darin die „einzige Lösungsmöglichkeit“, um die für sie ruinöse Beziehung zu ihrem Mann zu beenden. Sie betrat das Schlafzimmer und feuerte aus einer Entfernung von rund 60 cm den Inhalt der gesamten Trommel des achtschüssigen Revolvers in Sekundenschnelle

⁶⁷ Nach BGHSt 48, 255 ff. Vgl. auch *Widmaier*, NJW 2003, 2788 f.; *Otto*, NStZ 2004, 142 f.; *Rengier*, NStZ 2004, 233 ff.; *Rotsch*, JuS 2005, 12 ff. Vgl. auch den „neuen“ Familientyrannenfall BGH NStZ 2005, 154 f.

auf ihren schlafenden Ehemann ab. Zwei der Geschosse trafen und führten umgehend zu seinem Tod.

Hier kommt für F eine Strafbarkeit aus § 211 I, II Var. 5 (Heimtücke) mit der Folge einer lebenslangen Freiheitsstrafe in Betracht. Vgl. dazu Rn 53.

- 43 Dass in solchen Situationen die Möglichkeit bestehen muss, der Konsequenz der sonst unumgänglichen lebenslangen Freiheitsstrafe zu entgehen, wird allgemein gefordert. Auch das **BVerfG** hebt zu Recht hervor, dass **jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters stehen muss** (BVerfGE 45, 187, 227 ff.). Daraus folgt, dass die **Tatbestandsmerkmale** des § 211 II **restriktiv** auszulegen sind. Denn nur so kann die Verfassungsmäßigkeit des § 211 erreicht und sichergestellt werden, dass die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf die in § 211 II beschriebenen besonders verwerflichen Fälle beschränkt bleibt. Offen ist dagegen nach wie vor, auf welche Weise den Vorgaben des BVerfG Rechnung zu tragen ist. Denkbar ist eine Korrektur auf Tatbestandsseite, aber auch auf der Rechtsfolgenreiseite.
- 44 ■ Ein Teil der **Literatur** erreicht trotz Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals i.S.d. § 211 II die gebotene restriktive Auslegung der Mordmerkmale über eine *Verneinung der den Mord kennzeichnenden besonderen Verwerflichkeit* (**negative Typenkorrektur**). Mord setze zwar immer voraus, dass eines der in § 211 II genannten Merkmale verwirklicht sei, die dort beschriebenen Mordmerkmale hätten jedoch nur eine **Indizwirkung**. Der Mordvorwurf könne daher bei allen Mordmerkmalen wieder **entfallen, wenn die Tötung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der Tatumstände ausnahmsweise nicht als besonders verwerflich** erscheine.⁶⁸
- 45 ■ Das Spiegelbild bildet die Lehre von der **positiven Typenkorrektur**. Diese geht davon aus, dass die Erfüllung eines Mordmerkmals zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für die Bejahung des Mordes ist. Das Urteil müsse sich vielmehr aufgrund einer *Gesamtwürdigung* von Täter und Tat durch eine im Verhältnis zum Totschlag **erheblich gesteigerte Verwerflichkeit** begründen lassen.
- 46 **Kritik:** Die Typenkorrekturen mögen zwar zu gerechteren Entscheidungen führen, verlangen dafür aber als Preis einen Verlust an Rechtssicherheit.⁶⁹ Die generalklauselartige Weite des Kriteriums „besondere Verwerflichkeit“ im Tatbestand ist im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) inakzeptabel. Darüber hinaus sprechen keine Anhaltspunkte dafür, dass der enumerativen Aufzählung des § 211 II lediglich eine Indizwirkung zukommen soll. Im Gegenteil ist im Gesetz eine **abschließende Regelung** des Mordtatbestands beabsichtigt.⁷⁰ Die Typenkorrekturen sind daher mit dem Wortlaut des § 211 und der gesetzlichen Systematik kaum vereinbar und somit abzulehnen.
- 47 ■ Daher werden die Typenkorrekturen vom überwiegenden Schrifttum auch abgelehnt. Eine im Hinblick auf Schwere und Verwerflichkeit der Tat möglicherweise erforderliche **restriktive Auslegung** habe vielmehr bei den **einzelnen Mordmerkmalen** anzusetzen.⁷¹
- 48 ■ Die **Rspr. des BGH** trägt demgegenüber seit einer auf Heimtücke bezogenen⁷² Grundsatzentscheidung des *Großen Senats* in Strafsachen⁷³ den Vorgaben des BVerfG dadurch

⁶⁸ Vgl. SK-Horn, § 211 Rn 6; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 10; Saliger, ZStW 109, 302, 329. In diese Richtung geht, wenn auch nicht explizit genannt, auch BGH NJW 2003, 1955, 1956 (Tötung eines Erpressers).

⁶⁹ Vgl. Fischer, § 211 Rn 2.

⁷⁰ Mitsch, JuS 1996, 121, 122.

⁷¹ Widmaier, NJW 2003, 2788, 2790; Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn 19; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 133.

⁷² Bei der Heimtücke beruht die besondere Verwerflichkeit nicht primär auf einer „besonderen inneren Motivation“ des Täters, sondern bestimmt sich objektiv. Daher können bei der Gesamtbeurteilung der Tat auch den Täter entlastende innere Umstände nicht hinreichend Berücksichtigung finden, wie z.B., dass das Opfer ein Familientyrann war und vom Täter nicht aus verwerflicher Gesinnung, sondern aus Verzweiflung, aber immerhin heimtückisch getötet wurde. Ob die Rechtsfolgenlösung auch auf andere Mordmerkmale der 2. Gruppe übertragbar ist,

Rechnung, dass sie zwar von einem **tatbestandlich abschließenden Charakter der Mordmerkmale** ausgeht (die vom Gesetz als besonders verwerflich umschriebenen Merkmale ließen - zumindest auf der Tatbestandsebene - keinen Raum für eine Korrektur durch eine richterliche Gesamtwürdigung der Tat als ausnahmsweise nicht verwerflich), bei Vorliegen von *außergewöhnlichen Umständen, die im konkreten Mordfall eine Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen*, aber auf der Ebene der **Strafzumessung** von einer lebenslangen Freiheitsstrafe absieht, indem sie den **Strafrahmen des § 49 I Nr. 1** anwendet (sog. **Rechtsfolgenlösung**: Zeitstrafe statt lebenslanger Freiheitsstrafe).

Beispiele für solche außergewöhnlichen Umstände sind: unverschuldete und notstandsähnliche, anders als durch Tötung ausweglos erscheinende Situationen. Auch tiefes Mitleid, schwere Provokationen oder vom Opfer verursachte, ständig neu angefachte, zermürbende Konflikte oder schwere Kränkungen des Täters durch das Opfer, die dazu führen, dass das heimtückische Handeln für den Täter „unausweichlich“ ist, sind anerkannt. Hierunter fällt auch das o.g. Beispiel „Familiencyrann“.

Die Annahme von außergewöhnlichen Umständen i.S.e. Strafzumessungslösung (Rechtsfolgenlösung) könne aber lediglich *Ultima Ratio* sein. Bevor der Tatrichter also auf die Rechtsfolgenlösung zurückgreift, müsse er zuvor die Tatbestandsvoraussetzungen (der Heimtücke) besonders sorgfältig prüfen und **restriktiv auslegen**. So setze das Mordmerkmal *Heimtücke* eine „feindliche Willensrichtung“ des Täters gegenüber dem Opfer voraus.⁷⁴ Sodann seien alle in Betracht kommenden **Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe** (insbesondere entschuldigender Notstand gem. § 35) erschöpfend abzuhandeln.⁷⁵ Schließlich habe sich der Tatrichter mit den gesetzlichen **Schuld minderungsgründen** eingehend auseinanderzusetzen, bevor er sich entschließe, außergewöhnliche Umstände im Sinne der Auffassung des *Großen Senats* anzunehmen.⁷⁶

Kritik: Auch der Rechtsfolgenlösung des BGH fehlt letztlich die feste Verankerung im geltenden Recht. Zwar erkennt der *Große Senat* dieses Defizit, ein generalklauselartiges Kriterium sei aber auf der Rechtsfolgenseite auch bei Tötungsdelikten unbedenklich, was in § 212 II und in § 213 Var. 2 bestätigt werde. Im Wege der „richterlichen Rechtsschöpfung“, die er selbst für verfassungskonform hält⁷⁷, schlägt er deshalb vor, eine Strafmilderung nach § 49 I Nr. 1 vorzunehmen, wenn außergewöhnliche Umstände vorlägen, welche die lebenslange Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen ließen.⁷⁸ Dieser Rechtsfortwirkungsgedanke, mit dem der *Große Senat* seine Rechtsfolgenlösung zum Bestandteil des geltenden Rechts erklärt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht äußerst bedenklich: § 49 I Nr. 1 setzt eine ausdrückliche Verweisung aus einer Milderungsvorschrift voraus, wie sie z.B. in § 13 II oder § 17 S. 2 enthalten ist. Eine Milderungsvorschrift, die an „außergewöhnliche Mordumstände“ anknüpft, existiert im geltenden Recht aber nicht. Für eine täterbegünstigende – und daher nicht gegen Art. 103 II GG versto-

hat der BGH nicht entschieden. Dafür spricht, dass es grundsätzlich bei den Merkmalen der 2. Gruppe weniger auf die Gesinnung des Täters, als auf objektive Unrechtsmerkmale ankommt. Allerdings gilt dies nicht für alle Merkmale der 2. Gruppe gleichermaßen. Denn wer ein gemeingefährliches Mittel verwendet, legt auch eine gewisse besonders verwerfliche Gesinnung an den Tag. Daher ist die Übertragung der Rechtsfolgenlösung auf andere Merkmale der 2. Gruppe nicht angemessen. Keinesfalls aber ist sie auf die Fälle der 1. und 3. Gruppe übertragbar. Denn diese verlangen ja einschränkend, dass der Täter in besonders verwerflicher Gesinnung oder aus besonders verwerflichen Motiven handelt. Wer z.B. aus niedrigen Beweggründen handelt, tut dies eben aufgrund dieser Beweggründe, ebenso wie derjenige, der eine Straftat ermöglichen oder verdecken will. „Entlastende“ Umstände sind daher nicht denkbar und die Rechtsfolgenlösung ist nicht anwendbar (a.A. vertretbar).

⁷³ BGH GSSt **30**, 105, 120 ff. Vgl. nun auch BGHSt **48**, 255, 257 ff. (vgl. aber auch BGH NJW **2003**, 1955, 1956).

Vgl. ferner BGH NSTZ-RR **2004**, 294; BGH NSTZ-RR **2004**, 294; BGH NSTZ **2005**, 154 f.

⁷⁴ Vgl. zuletzt BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.

⁷⁵ Vgl. auch hier zuletzt BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff. und BGHSt **48**, 255, 257 ff.

⁷⁶ BGH NSTZ-RR **2004**, 294; BGH NSTZ-RR **2004**, 294; BGH NSTZ **2005**, 154 f.

⁷⁷ Vgl. BGH GSSt **30**, 105, 121.

⁷⁸ Vgl. BGH GSSt **30**, 105, 120.

Bende – Rechts- oder Gesetzesanalogie bestehen keine Anhaltspunkte.⁷⁹ Der *Große Senat* erwähnt diese Methode der Entfaltung geltenden Rechts auch nicht. Stattdessen setzt er neues Recht. Die Setzung neuen Rechts ist nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung aber ausschließlich Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers. Die Rechtsprechung dagegen ist an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 1 III, 20 III GG). Hält ein Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig, bleibt ihm der Weg über Art. 100 I GG zum BVerfG. Fachgerichte einschließlich ihrer *Großen Senate* haben nicht die Befugnis, legislative Befugnisse an sich zu ziehen und dem verfassungsmäßigen Gesetzgebungsverfahren vorzugreifen. Aus diesem Grund wird der Vorschlag des *Großen Senats* teilweise für verfassungswidrig gehalten.⁸⁰ Sowohl die Lehre von der Typenkorrektur als auch die Rechtsfolgenlösung des BGH vermögen daher keine befriedigende Lösung herbeizuführen.

52 Nach der hier vertretenen Auffassung muss daher weiterhin versucht werden, durch **restriktive** und methodisch einwandfreie **Auslegung der Mordmerkmale** den Tatbestand zu verneinen, wenn die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig wäre. In diese Richtung geht auch ein neueres, zum Mordmerkmal **Habgier** ergangenes Judikat des BGH, in dem das Gericht klarstellt, dass die lebenslange Freiheitsstrafe sich nicht mit Hilfe außergewöhnlicher Umstände i.S.d. *Großen Senate* in eine zeitige Freiheitsstrafe umwandeln lasse, weil jenes Merkmal ohnehin eng auszulegen sei.⁸¹ Auf jeden Fall ist eine Rechtssicherheit nicht gewährleistet. Nach fast einhelliger Auffassung sind die Tötungsdelikte daher **reformbedürftig**. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bislang nicht veranlasst gesehen, an der (unbefriedigenden) Rechtslage etwas zu ändern.

53 Im obigen **Beispiel „Familiencyrann“** (Rn 42) ist fraglich, ob bei einer restriktiven Auslegung des Mordtatbestands das Merkmal Heimtücke erfüllt ist. Wenn man bedenkt, dass T die F über Jahre, insbesondere in den Tagen vor der Tat, mit Schlägen und Tritten maltreatiert hat, könnte man annehmen, er sei – obwohl er im Schlaf getötet wurde – nicht arglos gewesen. Insoweit bietet sich der Vergleich zu der Tötung eines Erpressers in Notwehr an, bei der der BGH die Heimtücke mit der Begründung verneint hat, ein Erpresser könne niemals arglos sein, da er ständig mit Gegenwehr rechnen müsse.⁸² Im vorliegenden Fall müsste man dann erst recht die Arglosigkeit verneinen, da ein Gewalttäter grundsätzlich damit rechnen muss, dass ein geschundenes Gewaltopfer sich auch einmal zur Wehr setzt.⁸³ Der BGH will von all diesen Bedenken jedoch nichts wissen und gelangt ohne weiteres zur Bejahung der Heimtücke.

Auch kann F sich weder auf Notwehr (§ 32) noch auf rechtfertigenden Notstand (§ 34) berufen. Bei der Notwehr fehlt es an einem „gegenwärtigen Angriff“ und beim rechtfertigenden Notstand an dem „Überwiegen des Erhaltungsguts“.

Auch ein entschuldigender Notstand (§ 35 I) scheidet nach Auffassung des BGH aus, da die Gefahr anders abwendbar gewesen sei als durch Tötung, nämlich durch Inanspruchnahme staatlicher Stellen. Ob diese Auffassung zutrifft, ist fraglich. Denn letztlich wird durch die Inanspruchnahme staatlicher Stellen die Gefahr vielleicht hinausgeschoben, wahrscheinlich aber nicht beseitigt (womöglich sogar noch verstärkt, weil dies „Racheakte“ des gewalttätigen Ehemanns heraufbeschwören könnte).

Folgt man dennoch der Auffassung des BGH, hat F – da sie ihre Situation als „vollkommen ausweglos“ und die Tötung des T als „einzige Rettung“ ansah – jedoch eine Sachlage i.S.v. § 35 I irrig angenommen. Sie handelte gem. § 35 II S. 1 ohne Schuld und kann nicht wegen Mordes bestraft werden (a.A. vertretbar). Der Schuldausschluss erstreckt sich auch auf § 212 und § 224 I Nr. 2 und 5.⁸⁴

⁷⁹ Anders aber *Reichenbach*, Jura **2009**, 176 ff. mit dem Argument des gesetzgeberischen Versehens. Dem Gesetzgeber jedoch ein „Versehen“ zu unterstellen, wenn es um eine lebenslange Freiheitsstrafe geht, kann nicht gefolgt werden.

⁸⁰ Vgl. aus der kaum überschaubaren Literatur bspw. *Meurer*, NJW **2000**, 2936, 2938; *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rn 20; *Küper*, JuS **2000**, 740, 746; *Saliger*, ZStW **109**, 302, 330; *Fischer*, § 211 Rn 101.

⁸¹ Vgl. BGHSt **42**, 301, 304 mit Bespr. v. *Schöch*, NSTZ **1997**, 409 und *Dölling*, JR **1998**, 160.

⁸² Vgl. Rn 78.

⁸³ Kritisch auch *Otto*, NSTZ **2004**, 142, 143.

⁸⁴ Vgl. aber die andere Situation im „neuen“ Familiencyrannenfall BGH NSTZ **2005**, 154 f.

II. Aufbauhinweise für die Fallbearbeitung

Problematisch ist nicht nur die Auslegung der einzelnen Mordmerkmale, sondern auch die prüfungstechnische Aufbereitung des Mordtatbestands. In der Fallbearbeitung stellt sich naturgemäß zunächst die Frage, ob man das Täterverhalten gleich in Bezug auf § 211 prüft oder erst nach der Prüfung des § 212 auf eventuell verwirklichte Mordmerkmale eingeht (zur Prüfung Grundtatbestand/Qualifikation vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 75 ff.).

- Folgt man der (bisherigen⁸⁵) Rspr. des **BGH**, der den Mord gegenüber dem Totschlag (noch) als **eigenständiges** Delikt betrachtet, und kommt laut Sachverhalt die Verwirklichung eines Mordmerkmals in Betracht, ist i.d.R. nichts dagegen einzuwenden, wenn man das Täterverhalten **gleich in Bezug auf § 211 prüft**. In dieser Prüfung ist dann die „Minimalvoraussetzung“ *Tötung eines Menschen*, die sonst bei § 212 zu prüfen wäre, bei § 211 zu prüfen. Bei der Prüfung der Mordmerkmale dann zu beachten, dass (wie gesagt) die Mordmerkmale der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln) tatbezogen und daher objektiv *und* subjektiv zu prüfen und dass es sich bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe um Motiv- bzw. Absichtsmerkmale handelt und diese daher ausschließlich subjektiv zu prüfen sind. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Merkmale der 2. Gruppe unstreitig Tatbestandsmerkmale sind und dass die Merkmale der 1. und der 3. Gruppe lediglich *herrschend* als Tatbestandsmerkmale⁸⁶, teilweise aber auch als Schuldmerkmale⁸⁷ interpretiert werden. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Überschaubarkeit bei der Rechtsanwendung sollte man aber *alle* Mordmerkmale als Tatbestandsmerkmale behandeln mit der Folge, dass sich die Prüfung der Mordmerkmale ausschließlich als Tatbestandsprüfung, nicht jedoch als Schuldprüfung darstellt (vgl. das sogleich dargestellte Aufbauschema). Das hat vor allem Auswirkungen im Irrtumsbereich (je nach Einordnung greifen § 16 oder § 17). Konsequenzen ergeben sich aber auch im Teilnahmebereich, denn § 28 gilt nur für Tatbestandsmerkmale. Betrachtet man die subjektiven Mordmerkmale dagegen als spezielle Schuldmerkmale, greift nicht § 28, sondern § 29 (Rn 146 ff.).

54

- Betrachtet man dagegen mit der **h.L.** (und der sich anbahnenden Änderung der Rspr. des BGH) § 211 als **Qualifikation** des § 212, wird man nicht umhinkommen, zunächst die Sachprüfung auf die Verwirklichung des Totschlags auszurichten und erst im Anschluss an die Bejahung des § 212 das Täterverhalten hinsichtlich eventuell verwirklichter Mordmerkmale zu prüfen (Prüfungsschema sogleich).

55

- Da der BGH aber selbst betont, die vorsätzliche Tötung eines Menschen sei ein notwendiges Merkmal des Mordes⁸⁸, spricht auch bei der Einstufung des § 211 als eigenständiges Delikt grundsätzlich nichts dagegen, die Sachprüfung mit § 212 zu beginnen und erst nach dessen Bejahung mit der Prüfung des § 211 fortzufahren. Diese Vorgehensweise erlaubt die Prüfung der Rechtswidrigkeit und der Schuld noch vor der Prüfung des § 211. Das hat die Konsequenz, dass man zu mitunter sehr schwierig zu prüfenden Mordmerkmalen nichts mehr sagen muss (bzw. darf), wenn man bei der Prüfung des § 212 feststellt, dass die Tat gerechtfertigt war oder der Täter nicht schuldhaft gehandelt hat. Denn greift § 212 schon nicht, wird es auf Mordmerkmale nicht mehr ankommen. Diese Konsequenz kann vorteilhaft (man spart Bearbeitungszeit), aber auch nachteilig sein (eine unterlassene, aber gebotene Prüfung ist fehlerhaft). Die Frage, ob der Aufgabensteller die Prüfung von Mordmerkmalen trotz gerechtfertigten oder nicht schuldhaft begangenen Totschlags wünscht, kann nicht generell beantwortet werden. Dies kommt auf den konkreten Fall an. Man sollte sich nur über die aufgezeigten Konsequenzen bewusst sein. Um aber jedwedes Risiko zu vermeiden, kann es sinnvoll sein, zunächst den Tatbestand des § 212 zu prüfen, dann den des § 211 und erst im Anschluss daran die gemeinsame Rechtswidrigkeit und Schuld. Dieser Aufbau wird auch sogleich in Form eines Prüfungsschemas vorgestellt. Ist

56

- Da der BGH aber selbst betont, die vorsätzliche Tötung eines Menschen sei ein notwendiges Merkmal des Mordes⁸⁸, spricht auch bei der Einstufung des § 211 als eigenständiges Delikt grundsätzlich nichts dagegen, die Sachprüfung mit § 212 zu beginnen und erst nach dessen Bejahung mit der Prüfung des § 211 fortzufahren. Diese Vorgehensweise erlaubt die Prüfung der Rechtswidrigkeit und der Schuld noch vor der Prüfung des § 211. Das hat die Konsequenz, dass man zu mitunter sehr schwierig zu prüfenden Mordmerkmalen nichts mehr sagen muss (bzw. darf), wenn man bei der Prüfung des § 212 feststellt, dass die Tat gerechtfertigt war oder der Täter nicht schuldhaft gehandelt hat. Denn greift § 212 schon nicht, wird es auf Mordmerkmale nicht mehr ankommen. Diese Konsequenz kann vorteilhaft (man spart Bearbeitungszeit), aber auch nachteilig sein (eine unterlassene, aber gebotene Prüfung ist fehlerhaft). Die Frage, ob der Aufgabensteller die Prüfung von Mordmerkmalen trotz gerechtfertigten oder nicht schuldhaft begangenen Totschlags wünscht, kann nicht generell beantwortet werden. Dies kommt auf den konkreten Fall an. Man sollte sich nur über die aufgezeigten Konsequenzen bewusst sein. Um aber jedwedes Risiko zu vermeiden, kann es sinnvoll sein, zunächst den Tatbestand des § 212 zu prüfen, dann den des § 211 und erst im Anschluss daran die gemeinsame Rechtswidrigkeit und Schuld. Dieser Aufbau wird auch sogleich in Form eines Prüfungsschemas vorgestellt. Ist

57

⁸⁵ Vgl. Rn 2 und 150a.

⁸⁶ BGHSt 1, 368, 370 f.; LK-Jähnke, Vor § 211 Rn 46-49.

⁸⁷ So *Wessels/Beulke*, AT, Rn 422 u. 559. Näher *Sch/Sch-Lenckner/Eisele*, Vorbem §§ 13 ff. Rn 122.

⁸⁸ Vgl. BGHSt 1, 368, 370; 36, 231, 235.

Tötungsdelikte – Mord (§ 211)

sowohl § 212 I als auch § 211 erfüllt, stellt man zum Schluss die Gesetzeskonkurrenz zu § 212 I fest. Dieser wird von § 211 im Wege der Spezialität verdrängt.

- 58 ■ Unabhängig von dem gewählten Aufbau ist innerhalb der Prüfung der Mordmerkmale die Erörterung der - im Tatbestand zu prüfenden - Typenkorrektur anzubringen. Im Fall ihrer Ablehnung wäre dann (jedenfalls bei der Heimtücke) Raum für die Rechtsfolgenlösung des BGH, die aufbautechnisch nach der Schuld problematisiert werden müsste.
- 59 ■ Kommt dagegen eine Tötung nach § 216 in Betracht, bietet es sich an, wegen des spezialgesetzlichen Charakters mit diesem Delikt zu beginnen (Obersatz nach h.L.: §§ 212 I, 216 I; nach bisheriger Rspr.: § 216 I). Nach dessen Bejahung genügt die Feststellung, dass mitwirkliche Mordmerkmale entweder schon nicht mehr tatbestandlich i.S.v. § 211 sind (so die bisherige Rspr.) oder dass der an sich gegebene § 211 jedenfalls im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt (so die h.L., die von einer Sperrwirkung der Privilegierung gegenüber der Qualifikation ausgeht).

Mord (§ 211)

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand des § 212 I

2. Subjektiver Tatbestand des § 212 I

3. Objektiver Tatbestand des § 211 II

(Tatbezogene Mordmerkmale der 2. Gruppe)

a. Heimtücke, Var. 5

Heimtücke liegt vor bei einem bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist das Opfer, wenn es sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs versieht. Wehrlosigkeit bedeutet einen infolge der Arglosigkeit bestehenden Zustand erheblich eingeschränkter Verteidigungsfähigkeit. Subjektiv muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausgenutzt haben. Wegen der verfassungsrechtlich gebotenen restriktiven Auslegung des Mordtatbestands wird ergänzend das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit in **feindlicher Willensrichtung** gefordert (Rspr.). *Zusätzlich* fordert ein Teil der Lit. einen **besonders verwerflichen Vertrauensbruch**. Der BGH vertritt dagegen die **Rechtsfolgenlösung** (siehe IV.).

b. Grausam, Var. 6

Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besonders schwere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt.

c. Mit gemeingefährlichen Mitteln, Var. 7

Gemeingefährliche Mittel sind solche Mittel, deren typische Wirkung auf Leib oder Leben mehrerer oder vieler Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in der Hand hat.

4. Subjektiver Tatbestand des § 211 II

a. Vorsatz bzgl. der tatbezogenen Mordmerkmale der 2. Gruppe

(grds. genügt *dolus eventualis*, bei Heimtücke und grausamer Tötung ist aber wohl *dolus directus* 2. Grades erforderlich)

b. Motivmerkmale der 1. Gruppe

aa. Aus Mordlust, Var. 1

Aus Mordlust tötet der Täter, wenn es ihm darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen, wenn er aus Mutwillen, aus Angeberei oder aus Zeitvertreib tötet, die Tötung als nervliches Stimulans oder „sportliches Vergnügen“ betrachtet. Da es sich hier um eine Tötung aus Absicht handelt, ist *dolus directus* 1. Grades erforderlich.

bb. Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, Var. 2

Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes tötet, wer sich durch den Tötungsakt als solchen sexuelle Befriedigung verschaffen will („Lustmord“), wer tötet, um sich in nekrophiler Weise an der Leiche zu vergehen, oder wer im Interesse eines ungestörten Sexualgenusses Ge-

walt anwendet und dabei den Tod seines Opfers als mögliche Folge seines Handelns in Kauf nimmt (*dolus eventualis*).

cc. **Aus Habgier**, Var. 3

Habgier ist das ungezügelte und rücksichtslose Gewinnstreben um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens.

dd. **Aus sonst niedrigen Beweggründen**, Var. 4

Niedrige Beweggründe sind solche, die als Motive einer Tötung nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und somit auf unterster Stufe stehen.

c. **Absichtsmerkmale der 3. Gruppe** (*dolus directus* 1. Grades)

aa. **Um eine andere Straftat zu ermöglichen**, Var. 8

Bei dem Merkmal „um eine andere Tat zu ermöglichen“ muss die Tötung als Mittel zur Begehung weiterer eigener bzw. fremder rechtswidriger Straftaten eingesetzt werden. Hinsichtlich der Tötung selbst genügt unter bestimmten Voraussetzungen *dolus eventualis*.

bb. **Um eine andere Straftat zu verdecken**, Var. 9

Bei dem Merkmal „um eine andere Tat zu verdecken“ muss die Tötung als Mittel zur Verdeckung eigener bzw. fremder rechtswidriger Straftaten eingesetzt werden. Hinsichtlich der Tötung selbst genügt unter bestimmten Voraussetzungen *dolus eventualis*.

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

Es gelten die allgemeinen Grundsätze.

IV. Weitere Strafbarkeitsbedingungen/Strafzumessungsregeln (BGH)

Liegen außergewöhnliche schuld mildernde Umstände vor, die die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen, kann (jedenfalls bei der Heimtücke) ausnahmsweise gem. § 49 I Nr. 1 von der lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen werden. Zu beachten ist jedoch, dass nicht vorschnell auf die Rechtsfolgenlösung zurückgegriffen werden darf. Zunächst ist zu versuchen, den Mordtatbestand durch restriktive Auslegung zu verneinen.

III. Einzelne Mordmerkmale

1. Tatbezogene Mordmerkmale der 2. Gruppe

Da die Mordmerkmale der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln) eine bestimmte Art und Weise der Tatbegehung und damit einen bestimmten **Verhaltensunwert des Tatgeschehens** näher kennzeichnen, den der Gesetzgeber als besonders verwerflich angesehen hat, werden sie nahezu einhellig als **tatbezogene** Mordmerkmale bezeichnet.⁸⁹

Somit wird klar, dass es sich bei den genannten Mordmerkmalen **nicht** um besondere **persönliche** Merkmale handeln kann. § 28 (dazu Rn 146 ff.) ist daher von vornherein nicht anwendbar, sodass eine Akzessorietätslockerung nicht in Betracht kommt.

Darüber hinaus müssen diese Tatbestandsmerkmale (wie alle objektiven Tatbestandsmerkmale) von einem entsprechenden Vorsatz umfasst sein. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte genügt *dolus eventualis*.

Demnach muss diese Gruppe sowohl **objektiv als auch subjektiv geprüft werden** (s.o.). Von **besonderer Relevanz** ist das Mordmerkmal der **Heimtücke**, weil dieses Merkmal hinsichtlich der gebotenen restriktiven Handhabung für die Berücksichtigung entlastender Motive nicht hinreichend Raum lässt und daher die vom BGH vertretene Rechtsfolgenlösung provoziert.

⁸⁹ Vgl. nur BGH v. 25.10.2000 – 2 StR 313/00; *Altwater*, NSTz 2003, 21, 22; 2002, 20, 22.

a. Heimtücke (§ 211 II Var. 5)

- 64 Dieses Mordmerkmal ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter dem Opfer in besonders niederträchtiger Weise seinen Schutz und seine Chance raubt, den Angriff auf sein Leben erfolgreich abzuwehren. Da aber auf der anderen Seite der Mordtatbestand wegen der mit ihm verbundenen lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungen wegen restriktiv auszulegen ist und diese Auslegung auf unterschiedliche Weise vorgenommen wird, leuchtet es ein, dass eine allgemein gültige Definition der Heimtücke nicht besteht. Grundelemente dieses Mordmerkmals (und daher in einer Fallbearbeitung zuerst zu prüfen) sind die *Arglosigkeit* und die darauf beruhende *Wehrlosigkeit* des Opfers.
- 65 Nach allgemeiner Auffassung bedeutet Heimtücke das **bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers.⁹⁰ **Arglos** ist jedenfalls, wer sich bei Beginn der (ersten) mit Tötungsvorsatz geführten Angriffshandlung keines Angriffs von Seiten des Täters versieht.⁹¹
- 66 Anders ausgedrückt ist jedenfalls derjenige arglos, der **im Zeitpunkt des Angriffs** (d.h. bei Eintritt der Tat in das Versuchsstadium) die allgemeine Erwartung hegt, ihm werde von Seiten des Angreifers nichts Arges zustoßen.
- 67
- Wenn also das Opfer das zu einer Schlinge geknotete Seil in den Händen des Täters sieht, ist es i.d.R. nicht arglos i.S.d. Heimtücketatbestands, wenn der Täter sodann zum Angriff übergeht.⁹² Lediglich, wenn die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung so kurz ist, dass dem Opfer keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen, ist heimtückisches Handeln zu bejahen (dazu Rn 74 ff.).
- 68
- Auch ein **Besinnungsloser** (Bewusstloser) kann nicht arglos sein, weil diesem im maßgeblichen Zeitpunkt gerade das Bewusstsein fehlt, um irgendwelchen Argwohn hegen zu können.⁹³ Allerdings hat der BGH entschieden, dass bei einem Angriff auf das Leben eines zum Argwohn unfähigen Opfers ausnahmsweise Heimtücke vorliegen könne, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit eines **schutzbereiten Dritten** zur Tatbegehung ausnutze.⁹⁴

Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines zum Argwohn unfähigen Opfers vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut.⁹⁵ Um als „schutzbereiter Dritter“ zu gelten, muss die Person allerdings aufgrund der Umstände des Einzelfalls den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe und eine überschaubare Anzahl der ihrem Schutz anvertrauten Menschen erforderlich sind. Vor allem Krankenschwestern (von im Koma liegenden Patienten) und sonstiges Pflegepersonal in Krankenhäusern können als „schutzbereite Dritte“ angesehen werden, sofern sie nur für wenige Patienten verantwortlich sind, speziell auch zu deren Schutz vor Leib- und Lebensgefahr eingesetzt werden, sich in der Nähe des Bewusstlosen aufhalten und tatsächlich die Betreuung sowie regelmäßige Kontrolle des Bewusstlosen entsprechend den ärztlichen Anordnungen übernommen haben. Daher kann z.B. das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt sein, wenn der Täter in einem

⁹⁰ BGH NStZ **2009**, 569, 570; NStZ **2009**, 571 f.; NStZ **2008**, 93, 94; NStZ **2007**, 330, 331; NStZ **2006**, 503, 504 f.; NStZ **2006**, 167, 168 f. NStZ **2003**, 146, 147; NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; NStZ **2002**, 368 und 540; BGHSt **48**, 255, 257 ff.; **39**, 353, 368; **32**, 382, 383 f.; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 22; *Bosch*, JA **2007**, 418; *Otto*, NStZ **2004**, 142; *Zaczyk*, JuS **2004**, 750, 751; *Altwater*, NStZ **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22; *Hillenkamp*, JZ **2004**, 48; *Kargl*, Jura **2004**, 189.

⁹¹ BGH NStZ **2008**, 273 f.; NStZ **2007**, 330, 331; **2006**, 503, 504 f.; **2006**, 167, 168 f.; **2003**, 146, 147; NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGHSt **41**, 72, 79; **39**, 353, 368; **32**, 382, 384; *Bosch*, JA **2007**, 418.

⁹² Vgl. BGH NStZ **2008**, 510, 511.

⁹³ BGH NStZ **2008**, 93, 94; StV **1998**, 545; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn 120; *Bürger*, JA **2004**, 298; LK-Jähnke, § 211 Rn 42; anders *Krey/Heinrich*, BT I, Rn 45.

⁹⁴ BGH NStZ **2008**, 93, 94; BGHSt **8**, 215, 218; **18**, 37, 38; **32**, 382, 387 f.

⁹⁵ BGH NStZ **2008**, 93, 94; BGH NStZ **2006**, 338, 339 f.; BGHSt **8**, 216, 219.

vom Pflegepersonal unbeobachteten Moment das Krankenzimmer eines Komapatienten betritt und ein lebenserhaltendes Gerät abschaltet.⁹⁶

Auch wenn der Täter das arg- und wehrlose Opfer mit Tötungsvorsatz zunächst in den Zustand der Bewusstlosigkeit bringt und die totbringende Zweithandlung sodann verrichtet (**zweiaktiges Tatgeschehen**), liegt nach dem BGH ein heimtückischer Mord vor.

Beispiel⁹⁷: O schuldet dem T Geld, weigert sich aber, die Schuld zu begleichen. Daraufhin täuscht T dem O vor, für diesen ein lukratives Geschäft bereitzuhalten, sodass O aus dem Gewinn die Schulden bezahlen könne. Auf diese Weise in die Geschäftsräume des T gelockt wird er dort von T „in Empfang genommen“ und mit einem Schuss in den Bauch lebensgefährlich verletzt. Nachdem O lebensgefährlich verletzt zusammengesackt ist und das Bewusstsein verloren hat, greift T ein Messer und sticht O tief ins Herz, woran O, der wenig später ohnehin aufgrund der Schussverletzung gestorben wäre, sofort stirbt.

Untergliedert man das Tatgeschehen in zwei Akte, kommt ein versuchter Heimtückemord in Tateinheit mit vollendetem Totschlag in Betracht, weil zum Zeitpunkt des Messerstichs O bereits bewusstlos war und ein Bewusstloser sich keines Angriffes versehen kann. Stellt man indes auf das Gesamtgeschehen ab, kommt ein heimtückischer Mord in Betracht.

Nach Auffassung des BGH ist für den Zeitpunkt der Schussabgabe das Mordmerkmal der Heimtücke erfüllt. T sei zur Tötung des O entschlossen gewesen, da dieser den Schaden nicht habe wiedergutmachen wollen. T habe O den Abschluss eines für diesen gewinnbringenden Geschäfts vorgeschlagen und ihn, dessen Vertrauen hierdurch missbrauchend, zu einer günstigen Tatzeit in die zur Tatausführung sehr gut geeigneten Geschäftsräume gelockt und dort die Tatwaffe bereitgehalten. Diese von T getroffenen Vorkehrungen für die Tatausführung hätten bei O zu einem vorgreifenden und noch im Tatzeitpunkt fortwirkenden Entzug von Verteidigungsmöglichkeiten geführt. Die dadurch herbeigeführte Arg- und Wehrlosigkeit des O habe T auch noch während der Ausführung des tödlichen Messerstichs ausgenutzt. Zwar habe sich O zu diesem Zeitpunkt im Zustand der Bewusstlosigkeit befunden und sei daher nicht arglos gewesen, allerdings habe T diesen Zustand durch einen von Tötungsvorsatz getragenen – sogar todestauglichen – Schuss bereits unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des O selbst herbeigeführt. Bei dieser Sachlage habe die weitere Tötungshandlung im Zustand der Bewusstlosigkeit des O immer noch ein Ausnutzen der von T zuvor hervorgerufenen und noch fortwirkenden Arg- und Wehrlosigkeit des O dargestellt. Eine Aufspaltung des vom einheitlichen Tötungsvorsatz getragenen Geschehens in einen versuchten Heimtückemord in Tateinheit mit Totschlag wegen Wegfalls des Mordmerkmals während der weiteren Tatausführung komme demnach nicht in Frage. T sei daher des Heimtückemordes schuldig.

Stellungnahme: Der Entscheidung des BGH ist beizupflichten. Denn anders als in den Fällen des Vorsatzwechsels oder der Abweichung des Kausalverlaufs (AT, Rn 297 ff.) dachte der Täter des vorliegenden Falles im Zeitpunkt der Zweithandlung nicht, dass das Opfer bereits tot gewesen sei. Vielmehr war ihm bewusst, dass seine Ersthandlung im Versuch stecken geblieben war. Dass nicht bereits die Ersthandlung, sondern erst die Zweithandlung zum gewünschten Erfolg geführt hat, ist unbeachtlich. T wollte O von Anfang an heimtückisch töten. Die Tat ist daher als einheitlicher Vorgang zu werten.

- **Säuglinge, Kleinstkinder** und Personen, die infolge von **Krankheit** die Absicht des Täters nicht erkennen können, sind schon aufgrund ihres Entwicklungsstands bzw. ihrer Konstitution nicht in der Lage, Argwohn zu hegen (**konstitutionelle Arg- und Wehrlosigkeit**).⁹⁸ Ausnahmsweise lässt die Rspr. des BGH aber auch hier Heimtücke zu, wenn die natürlichen Abwehrinstinkte des Opfers überwunden werden, etwa durch Versüßen

69

⁹⁶ BGH NSTz **2008**, 93, 94. Zu beachten ist jedoch, dass gleichwohl Mord im Ergebnis ausscheiden kann, wenn der Täter (etwa aus Mitleid oder um dem Opfer ein menschenwürdiges Sterben zu ermöglichen) zum vermeintlich Besten des Opfers handelt, vgl. dazu Rn 87 ff.

⁹⁷ Nach BGH NSTz **2008**, 569.

⁹⁸ BGHSt **3**, 330, **8**, 216, 218; **18**, 37, 38; BGH NSTz **2006**, 338.

des Tötungsmittels (z.B. vergifteter Tee)⁹⁹ oder wenn **schutzbereite Dritte** (Eltern, Babysitter, Betreuer etc.) ausgeschaltet werden bzw. deren Arglosigkeit ausgenutzt wird.¹⁰⁰ Das BVerfG hat sich kritisch zu dieser weiten Auslegung des Heimtückebegriffs geäußert.¹⁰¹

- 70** ■ Heimtücke wurde auch in dem Fall angenommen, in dem der Täter unter **Verbergung seiner wahren Absicht** das Opfer (einen Autofahrer) unter dem Vorwand, er habe eine Autopanne und benötige Hilfe, anhält und dieses dann erschießt.¹⁰²
- 71-72** ■ In dem Fall, dass der Täter sein Opfer **seit Jahren – ohne Folgen – mit der Schusswaffe bedroht** und das Opfer daher derartige Drohungen nicht mehr ernst nimmt, kann beim Opfer Arglosigkeit vorliegen, wenn der Täter nunmehr doch einen Schuss abgibt und das Opfer tödlich verletzt.¹⁰³
- 73** ■ Auch bei einem **Stalkingopfer** kann Arglosigkeit angenommen werden, wenn es im konkreten Zeitpunkt der Angriffshandlung keinen Anlass sieht, sich vor dem Stalker zu fürchten. Insbesondere vermögen auf längere Zeit zurückliegende Aggressionen und feindselige Atmosphäre beruhende latente Angst die Arglosigkeit nicht zu beseitigen.¹⁰⁴
- 74** Aber auch, wenn das Opfer die Gefahr unmittelbar vor dem Angriff erkennt, dabei aber die Zeitspanne zwischen dem Erkennen und dem Angriff so kurz ist, dass keine Möglichkeit mehr besteht, den Angriff wahrzunehmen und ihm zu begegnen, ist Arglosigkeit zu bejahen.¹⁰⁵
- 75** ■ Daher kann arglos sein, wer mit dem Täter **zuvor gestritten** oder ihm in **feindseliger Weise verbal gegenübergetreten** ist, dann aber im (späteren) Zeitpunkt des Angriffs kein feindseliges Verhalten erwartet hat.¹⁰⁶ Erst recht gilt dies, wenn der Täter dem Opfer nicht offen (also für dieses nicht erkennbar) gegenübertritt und das Opfer erst im letzten Augenblick den Angriff erkennt.
- 76** **Beispiel¹⁰⁷**: Autofahrer T fuhr nachts in Selbsttötungsabsicht auf der Autobahn in entgegengesetzter Richtung, um mit einem entgegenkommenden Fahrzeug zu kollidieren. Um nicht von entgegenkommenden Autofahrern frühzeitig erkannt zu werden, schaltete er das Fahrtlicht aus. Doch plötzlich besann er sich eines Besseren und schaltete, um bevorstehendes großes Unheil zu verhindern, das Fahrtlicht wieder ein. Dies geschah jedoch zu einem Zeitpunkt, in dem die Kollision mit dem entgegenkommenden Fahrzeug des O selbst bei einer Vollbremsung nicht mehr zu verhindern war. O konnte nicht mehr ausweichen und starb aufgrund eines Frontalzusammenstoßes mit dem Wagen des T.
- Um das Heimtückemerkmal zu bejahen, hätte T die Arg- und Wehrlosigkeit des O bewusst ausgenutzt haben müssen. Vorliegend ist fraglich, ob O im Zeitpunkt des Angriffs arglos war. Denn als T das Fahrtlicht einschaltete, sah O den entgegenkommenden Wagen. Allerdings war die Zeitspanne zwischen dem Einschalten des Fahrtlichts und der Kollision so kurz, dass O keine Möglichkeit blieb, dem Angriff auszuweichen. T hat auch die Arg- und Wehrlosigkeit bewusst ausgenutzt, da er zunächst ohne Licht fuhr, um die Fahrer der entgegenkommenden Fahrzeuge zu überraschen und ein Ausweichen unmöglich zu machen. Er ist gem. § 211 I, II Var. 5 strafbar.¹⁰⁸

⁹⁹ BGHSt 8, 216, 218.

¹⁰⁰ BGHSt 8, 216, 218; 18, 37, 38; 32, 382, 387; BGH NSTZ 2008, 93, 94.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 45, 187, 266 gegen BGHSt 8, 216 ff. Beachte aber BVerfG NJW 2001, 669, wo BGH NJW 2000, 3079 trotz der weiten Definition bestätigt wird.

¹⁰² Vgl. BGH v. 17.8.2001 – 2 StR 159/01.

¹⁰³ BGH NSTZ 2005, 688.

¹⁰⁴ BGH NSTZ 2009, 501, 502.

¹⁰⁵ BGH NSTZ 2006, 96; NSTZ 2006, 167, 168 f.

¹⁰⁶ Vgl. dazu BGHSt 7, 218; 28, 210; 39, 353, 369; BGH NSTZ 2003, 146, 147; NSTZ 2006, 167, 168 f.; NSTZ 2008, 510, 511; NSTZ 2009, 569, 570.

¹⁰⁷ Nach BGH NSTZ 2006, 503, 504 f.

¹⁰⁸ Zum Mordmerkmal der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels vgl. Rn 108 Bsp. 2. Zur Strafbarkeit wegen § 315b und/oder § 315c vgl. Rn 558 ff./Rn 597 ff. Zur Frage des Rücktritts vom Versuch AT, Rn 730.

Generell lässt sich somit sagen: Erkannte das Opfer die ihm drohende Gefahr, bevor der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzte, ist es grds. nicht arglos und das Mordmerkmal der Heimtücke ist nicht gegeben. Lediglich, wenn die Zeitspanne so kurz gewesen ist, dass dem Opfer **keine Zeit blieb, den Angriff zu erkennen und reagieren zu können**, ist Arglosigkeit anzunehmen.

77

- Wenn aber das Opfer (im vom BGH entschiedenen Originalfall war dies ein Erpresser, der später vom Erpressten durch einen Messerstich in den Hals getötet wird¹⁰⁹) bei einer zuvor von **ihm gesuchten Konfrontation** mit dem Täter (hier: der Erpresste) und in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden (hier: Erpressung der Geldübergabe), ist es nach Auffassung des BGH **nicht** arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke, wenn es vom Täter (dem Erpressten) von hinten durch einen Messerstich in den Hals getötet wird. Das gelte auch dann, wenn der Erpresser mit einer Gegenwehr des Erpressten nicht rechnen und von dieser überrascht sei. Denn in Wahrheit sei der Erpresser der Angreifer und könne daher nicht arglos sein. Vgl. dazu den Beispielsfall, der auf der Internetseite des Verlags Rubrik Studienbücher/Strafrecht BT I/Falllösungen bereitsteht.
- Dagegen kann Heimtücke wiederum angenommen werden, wenn die Tat **von langer Hand geplant** und vorbereitet war oder wenn der Täter das Opfer **in einen Hinterhalt gelockt** hat. Hier soll es aufgrund der Schaffung einer günstigen Gelegenheit nicht mehr darauf ankommen, ob das Opfer bereits vor der Angriffshandlung Argwohn entwickelt hat.¹¹⁰ Etwas anderes gilt aber, wenn sich das Opfer auf einen Angriff vorbereitet hat (etwa, indem es sich eine Schusswaffe besorgt hat, um „für alle Fälle“ vorbereitet zu sein). Dann ist das Opfer nicht überrascht und dementsprechend nicht arglos.¹¹¹
- Eine weitere Besonderheit hinsichtlich der Zeitregel besteht beim Angriff auf **Schlafende**. Zwar kann jemand, der schläft, keinen Argwohn entwickeln. Hat sich der Schlafende aber arglos in den Schlaf gelegt, hat er sich also beim Schlafengehen dem Vertrauen überlassen, ihm werde nichts geschehen, ist Arglosigkeit zu bejahen. Man sagt, der Schlafende habe die Arglosigkeit **„mit in den Schlaf genommen“**.¹¹² Zur Tötung eines schlafenden **Familiencyrannen** vgl. Rn 42 und 53.

78

79

80

Das Opfer muss aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein. Eine Wehrlosigkeit, die unabhängig von der Arglosigkeit besteht, ist insoweit nicht ausreichend.¹¹³ Allgemein anerkannt ist folgende Definition:

81

Wehrlos ist, wer bei Beginn des Angriffs infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit erheblich eingeschränkt ist.¹¹⁴

82

An diesem **Kausalzusammenhang** fehlt es, wenn das Heimtückeopfer über effektive Abwehrmittel verfügt, es z.B. fliehen oder Hilfe herbeirufen könnte.¹¹⁵

83

Subjektiv fordert Heimtücke die **„bewusste Ausnutzung“** der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit. Hierfür genügt es nicht, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur in äußerer Hinsicht wahrnimmt. Dieses *finale Element* ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen erkennt und sie sich zur Ausführung

84

¹⁰⁹ BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff. (Chantage).

¹¹⁰ Vgl. BGHSt **22**, 77, 79; **32**, 382, 384. Vgl. nun auch *Bosch*, JA **2007**, 418.

¹¹¹ BGH NSTZ **2008**, 273 f.

¹¹² Vgl. BGH NSTZ **2007**, 523, 524; **2006**, 338; **2005**, 154 f.; BGHSt **48**, 255, 257 ff.; **32**, 382, 386; **23**, 119, 121; BGH StV **2001**, 666, 667. Kritisch zur Unterscheidung von Bewusstlosen und Schlafenden *Otto*, Jura **2003**, 612, 618; *Bosch/Schindler*, Jura **2000**, 77, 79; *Küper*, JuS **2000**, 740, 744.

¹¹³ Vgl. BGHSt **39**, 353, 369; *Küper*, JuS **2000**, 740, 741.

¹¹⁴ BGHSt **48**, 255, 257 ff.; BGH NSTZ **1997**, 490; *Lackner/Kühl*, § 211 Rn 8; *Krahl*, JuS **2003**, 57, 59.

¹¹⁵ Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 24a.

der Tat ganz bewusst zunutze macht.¹¹⁶ Für die Fallbearbeitung bietet sich folgende Kurzform an:

- 85** In **subjektiver Hinsicht** verlangt die Heimtücke, dass der Täter sich der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst ist¹¹⁷ bzw. er die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit für die hilflose Lage erkennt und sich diese ganz bewusst zunutze macht.¹¹⁸
- 86** **Verneint** hat der BGH die Kenntnis des Täters bezüglich der Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit und damit deren Ausnutzen, wenn der Täter **hochgradig erregt** ist und sich in einem psychischen Ausnahmezustand befindet.¹¹⁹
- 87** Fraglich ist, ob im Hinblick auf das Postulat des BVerfG, den Tatbestand des Mordes **restriktiv auszulegen**, allein das Vorliegen der bewussten Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit für die Bejahung des Mordmerkmals der Heimtücke ausreicht. Denn würden die vorgenannten Kriterien genügen, wären etwa ein niederträchtiger Anschlag aus dem Hinterhalt und die Tötung aus verständlichen Motiven oder aus menschlich begreifbarer Konfliktlage („Mitleidstötung“ eines Schwerstkranken oder Todgeweihten, um diesen von seinen Qualen „zu befreien“) hinsichtlich des Schuldspruchs und der Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe!) völlig gleich zu behandeln.

88 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Prüfung der Heimtücke wird demnach mit dem kleinsten gemeinsamen Nenner begonnen, also mit den Voraussetzungen, die von allen Ansichten gefordert werden. Das ist das „bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“. Nur wenn der Fall dadurch noch nicht gelöst werden kann, wenn also der Täter hiernach zu bestrafen wäre, muss unter erneuter Obersatzbildung auf die von den verschiedenen Ansichten zusätzlich geforderten Voraussetzungen (siehe sogleich) eingegangen werden. Die Gesamtprüfung wird also durch die verschiedenen Stufen „verfeinert“.¹²⁰

- 89** ■ Die **Rechtsprechung** wird dem Postulat des BVerfG zunächst dadurch gerecht, dass sie das Heimtückemerkmal um eine zusätzliche subjektive Komponente erweitert, damit Fälle, in denen der Täter etwa „zum vermeintlich Besten des Opfers“¹²¹ handelt, als verwerflichkeitsmindernde Gesinnungsaspekte in die Rechtsanwendung einbezogen werden können. Sie verlangt, dass die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit in „**feindlicher Willensrichtung**“ erfolgt sein müsse.¹²²
- 90** Stellungnahme: Auf der Basis dieser Rspr. können zunächst **echte Mitleidstötungen**, bei denen der Täter dem Opfer etwa Not, Schande oder schweres Leid ersparen möchte, aus § 211 herausgehalten werden. Dasselbe galt nach zwischenzeitlicher Rspr. des BGH für den **Mitnahmesuizidversuch** (z.B. Selbstmordversuch unter Mitnahme von Familienangehörigen, etwa um diesen ein Leben ohne den Suizidenten zu „ersparen“).¹²³ Aber auch in diesen Fällen macht sich der wohlmeinende Tötende nun einmal die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zunutze, um sein Ziel zu erreichen. Denn in dem Augenblick, in dem er seinem Opfer mit Tötungsvorsatz gegenübertritt, steht er ihm gerade in feindseliger Weise gegenüber. Dieses einschränkende Kriterium wird heute daher selbst vom BGH

¹¹⁶ BGHSt 22, 77, 80; 39, 353, 369; BGH NSTZ-RR 2001, 14; NSTz 2008, 510, 511; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 25.

¹¹⁷ BGH NSTz 2007, 330, 331; NSTz 2008, 510, 511.

¹¹⁸ BGH NJW 2003, 1955, 1956 ff.; NSTz 2006, 167, 168 f.; NSTz 2008, 510, 511.

¹¹⁹ Vgl. BGH StV 2000, 74, 75; NSTz 2008, 510, 511.

¹²⁰ Ganz ähnlich nunmehr auch Kaspar, JA 2007, 799, 701 f.

¹²¹ Vgl. BGHSt 30, 105, 119; BGH StV 2001, 666, 667; BGH NSTz 2008, 93, 94.

¹²² Vgl. nur BGH NSTz 2008, 93, 94; NSTz 2001, 86; NSTZ-RR 2001, 14 (jeweils zurückgehend auf BGHSt GS 9, 385); StV 2001, 666, 667; BGHSt 48, 255, 257 ff.

¹²³ Vgl. BGH NSTz 1995, 230 mit Bespr. v. Winckler/Förster, NSTz 1996, 32.

zu Recht wegen zu großer Unbestimmtheit nur noch als Durchgangsstadium zu weiteren Einschränkungen (siehe sogleich) angesehen.¹²⁴

- Vor diesem Hintergrund wird in der **Literatur** die Restriktion des Heimtückebegriffs durch eine Einbeziehung weiterer verwerflichkeitsrelevanter Gesichtspunkte gefordert.¹²⁵ 91

⇒ Den weitreichendsten Lösungsvorschlag vertritt die Lehre von den **Typenkorrekturen** (Rn 44 ff.), wonach versucht wird, über eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale hinaus im Wege einer umfassenden *Gesamtwürdigung der Tat* die Tötung ausnahmsweise als nicht besonders verwerflich einzustufen. 92

Hinweis für die Fallbearbeitung: An dieser Stelle der Klausur wird die erste Weichenstellung vorzunehmen sein. Die Kritik an den Typenkorrekturen - vor allem wegen der Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 211 und der Rechtsunsicherheit - wurde bereits dargelegt (Rn 44 ff.). Wer der Lehre von der Typenkorrektur dennoch folgen möchte und darüber hinaus zum Ergebnis kommt, dass durch sie der Tatbestand nicht erfüllt ist, muss aber beachten, dass er dann nicht mehr auf die Probleme, die mit der Strafzumessungslösung des BGH verbunden sind, eingehen kann. Unter Umständen leidet darunter die Bewertung der Klausur (vgl. in diesem Sinne auch den Abschlussfall bei Rn 100). 93

⇒ Weiterhin wird zur Restriktion des Heimtückebegriffs das Kriterium des „**besonders verwerflichen Vertrauensbruchs**“ gefordert. Danach ist Kern des Heimtückemerkmals der bewusste Missbrauch von Vertrauen, das dem Täter von dem Opfer in der Tatsituation entgegengebracht wird. 94

Stellungnahme: In der Tat mag das Erfordernis eines verwerflichen Vertrauensbruchs zu einer weitgehenden Beschränkung des Heimtückemerkmals führen. Es ist aber keineswegs klar, was unter „Vertrauen“ und „Missbrauch“ desselben zu verstehen ist. Die Unklarheit wird vor allem dann deutlich, wenn das Opfer mit dem Täter zuvor in keiner Beziehung gestanden hat, dem Täter also auch kein Vertrauen entgegenbringen konnte, wie dies typischerweise beim „Meuchelmord“¹²⁶ der Fall ist. Konsequenterweise müsste dann der Heimtücketatbestand verneint werden, was selbst vor dem Hintergrund des Gebots der restriktiven Handhabung des § 211 nicht überzeugen kann. 95

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wird der Auffassung des BGH gefolgt und werden nach dieser Prüfung die Kriterien, die nach dem BGH zur Annahme des Mordmerkmals der Heimtücke führen würden, vom Täter verwirklicht, muss, wenn die Tat im Übrigen rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, auf die sog. **Rechtsfolgenlösung des BGH** eingegangen werden (vgl. dazu sogleich sowie den Abschlussfall bei Rn 100). 96

⇒ Soweit auf der Tatbestandsseite keine befriedigende Lösung erzielt werden kann und auch **Rechtfertigungs- bzw. Schuldausschließungsgründe** nicht greifen, sieht die **Rechtsprechung des BGH** auf der Ebene der **Strafzumessung** (Prüfungsstandort: nach der Schuld) im Einzelfall von einer lebenslangen Freiheitsstrafe ab, indem sie den **Strafrahmen des § 49 I Nr. 1** anwendet (sog. **Rechtsfolgenlösung**). 97

Stellungnahme: Auch der Rechtsfolgenlösung des BGH fehlt letztlich die feste Verankerung im geltenden Recht (zu den Argumenten siehe Rn 48-51). Daher muss weiterhin versucht werden, durch **restriktive** und methodisch einwandfreie **Auslegung der Mordmerkmale** den Tatbestand zu verneinen, wenn die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig wäre. 98

¹²⁴ Unter Berücksichtigung des (entgegenstehenden) Opferwillens daher zu Recht ablehnend bzw. einschränkend BGH v. 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH NSTZ-RR 2000, 327; NSTZ 2008, 93, 94; Sch/Sch-Eser; § 211 Rn 25a.

¹²⁵ Der hier seit der 1. Aufl. vorgenommene Aufbau (Einbeziehung weiterer verwerflichkeitsrelevanter Gesichtspunkte im Rahmen des subjektiven Tatbestands) findet sich nun auch bei *Cornelius*, JA 2009, 425, 426 f.

¹²⁶ Vgl. etwa den Heckenschützen oder die Tötung durch eine ferngezündete Bombe.

Zusammenfassung zur Heimtückeprüfung

99

- Grundvoraussetzung für die Bejahung der Heimtücke ist das **bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers**.
- Wenn der Täter wegen Erfüllung dieses Kriteriums aus § 211 zu verurteilen wäre, muss wegen des Gebots der restriktiven Auslegung des § 211 auf weitere, einschränkende Kriterien eingegangen werden.
- Von der Rechtsprechung des BGH entwickelt und auch von der Literatur anerkannt ist das ergänzende Erfordernis des Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit **„in feindlicher Willensrichtung“**. Danach liegt Heimtücke trotz Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit nicht vor, wenn der Täter in einer schwerwiegenden seelischen Konfliktlage zum vermeintlich Besten des Opfers zu handeln glaubt (z.B. die Ersparung eines qualvollen Dahinvegetierens). Dieser Weg stößt aber, wie aufgezeigt, auf Grenzen.
- Die Literatur erblickt in dem Erfordernis der „feindlichen Willensrichtung“ zwar ein notwendiges, nicht aber ein hinreichendes Kriterium. Teilweise wird versucht, über **Typenkorrekturen** (im positiven wie negativen Sinne, s.o.) eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale herbeizuführen. Nach der negativen Typenkorrektur soll im Wege einer umfassenden *Gesamtwürdigung der Tat* die Tötung trotz Vorliegens eines (objektiven) Mordmerkmals ausnahmsweise als nicht besonders verwerflich einzustufen sein. Demgegenüber geht die positive Typenkorrektur davon aus, dass im Regelfall die Erfüllung von Mordmerkmalen nicht die erforderliche Verwerflichkeit bedeutet, was sich jedoch ebenfalls aus einer *Gesamtwürdigung der Tat* ergibt. Doch diese Auslegungen sind mit dem Wortlaut des § 211 kaum vereinbar.
- Der überwiegende Teil der Literatur stellt daher nicht auf die Typenkorrektur ab, sondern fordert neben der „feindlichen Willensrichtung“ einen **„besonders verwerflichen Vertrauensbruch“** zwischen Täter und Opfer. Dieses Erfordernis mag in der Tat zu einer weitgehenden Beschränkung des Mordtatbestands auf besonders tückische Verhaltensweisen führen, der Begriff „Vertrauen“ ist aber kaum präzisierbar, da er keine festen Konturen aufweist. Vor allem aber führt diese Einschränkung zu unsachgerechten Ergebnissen. Die Tötung fremder Menschen könnte in Ermangelung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer niemals den Mordtatbestand wegen Heimtücke erfüllen. Damit wäre gerade der klassische „Meuchelmörder“ ausgenommen, was selbst vor dem Hintergrund des Gebots einer restriktiven Interpretation nicht überzeugen kann.

Wird aus diesem Grund das zusätzliche Erfordernis des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs abgelehnt oder begeht der Täter bei Anerkennung dieses Erfordernisses einen solchen Vertrauensbruch, muss im Anschluss an die Schuldfeststellung auf die sog. **Rechtsfolgenlösung** eingegangen werden. Sie bejaht bei Vorliegen der bewussten Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit das Mordmerkmal Heimtücke im Tatbestand und berücksichtigt besondere Umstände (etwa die Tötung aus Mitleid oder Provokation, die nicht als verwerflich anzusehen ist) bei der Strafzumessung. Danach tritt eine Zeitstrafe (3-15 Jahre gem. §§ 49 I Nr. 1, 38 II) an die Stelle der sonst festgesetzten lebenslangen Freiheitsstrafe.

100

Übungsfall zur Heimtücke: Der Verdeutlichung des bisher Gesagten soll ein Übungsfall dienen, dessen ausformulierte Lösung jedoch den Rahmen der vorliegenden Bearbeitung sprengen würde. Sie steht daher auf der Internetseite des Verlags Rubrik Studienbücher/Strafrecht BT I/Falllösungen zum kostenlosen Download bereit.

Sachverhalt: Nachdem die Ehefrau des T gegen dessen Willen in Scheidungsabsicht mit dem drei Jahre alten gemeinsamen Sohn O aus der gemeinsamen Ehwohnung ausgezogen war, gelang es ihm alsbald, O wieder in seine Obhut zu bringen. Aus Angst, das Familiengericht werde das Sorgerecht für O der Mutter zusprechen, wollte er dieser das Kind auf Dauer entziehen. Am Tattag veranlasste T, dass sich O, nachdem er ihn entkleidet und ihm auch Spiel-

sachen in die Badewanne gelegt hatte, in die zur Hälfte mit Wasser gefüllte Badewanne legte. Spätestens, als O in der Badewanne saß, entschloss sich T, ihn zu töten. In Tötungsabsicht tauchte er O so lange unter Wasser, bis dieser kein Lebenszeichen mehr von sich gab und innerhalb weniger Minuten an Erstickung durch Ertrinken starb. Strafbarkeit des T?

b. Grausam (§ 211 II Var. 6)

Grausam tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besonders schwere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt.¹²⁷

101

Beispiele: Als schwere physische Leiden kommen insbesondere Verbrennen, Folterungen, Verhungern- oder Verdurstenlassen in Betracht. Schwere psychische Qualen sind beispielsweise Tötungsvorbereitungen in Anwesenheit des Opfers.

Die genannte gefühllose und unbarmherzige Gesinnung ist eine subjektive und damit an sich eine täterbezogene Komponente. Nach dem Schutzzweck der Norm (Schutz des Opfers vor besonderen Qualen) ist aber davon auszugehen, dass der tatbezogene Charakter des Gesamtmerkmals dominiert. Daher behandelt die zutreffende h.M. das Mordmerkmal *Grausam* insgesamt als ein tatbezogenes Merkmal. § 28 (dazu Rn 146 ff.) mit seiner Akzessorietätslockerung ist also nicht anwendbar.

102

Unabhängig von dieser Beurteilung muss die subjektive Komponente synchroner Bestandteil einer mit Tötungsvorsatz ausgeführten Handlung sein. Daher wird das Mordmerkmal durch eine ohne Tötungsvorsatz begangene grausame Körperverletzung nicht erfüllt, an die sich ein nunmehr mit Tötungsvorsatz ausgeführter neuer Angriff gegen das Opfer anschließt, der seinerseits die Voraussetzungen der Grausamkeit nicht (mehr) erfüllt.¹²⁸

103

Beispiel: Wenn der Täter - insgesamt ohne Tötungsvorsatz - sein Opfer zunächst brutal und unbarmherzig foltert, es anschließend fesselt und in einer abgelegenen Scheune zurücklässt, scheidet ein Mord gem. §§ 212 I, 211 I, II Var. 6 aus, wenn das Opfer dort an den Verletzungen stirbt.¹²⁹ Es kommt unter Problematisierung des Unmittelbarkeitszusammenhangs (nur) eine Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) in Frage. Ein Mord durch Unterlassen käme dagegen nur dann in Betracht, wenn T damit rechnete, dass O an seinen Verletzungen bzw. durch Verhungern oder Verdursten sterben werde. Zu beachten ist dabei aber, dass die Unterlassung lebenserhaltender Rettungsmaßnahmen nicht auf bloßer Bequemlichkeit beruhen darf, sondern dass sie auf unbarmherziger und gefühlloser Gesinnung basieren muss.

Auch wenn das Opfer zuvor in Bewusstlosigkeit fällt, ist das Mordmerkmal *Grausam* nicht erfüllt, mag auch das äußere Erscheinungsbild der Tat auf erhebliche Brutalität hindeuten. Denn in diesem Fall ist das Opfer nicht mehr in der Lage, körperliche Schmerzen oder seelisches Leid zu verspüren.¹³⁰ Zu prüfen ist aber ein **besonders schwerer Fall des Totschlags** gem. § 212 II (vgl. Rn 29).

104

¹²⁷ BGHSt 3, 264, 267 ff.; BGH NSTZ 2001, 647; BGH NSTZ 2007, 402, 403; *Altwater*, NSTZ 2002, 20, 24; *Lackner/Kühl*, § 211 Rn 10; *Sch/Sch-Eser*, § 211 Rn 27; *Fischer*, § 211 Rn 56.

¹²⁸ *Mitsch*, JuS 1996, 213, 215.

¹²⁹ Anders wäre es nur, wenn der Täter den Tod billigend in Kauf genommen hätte (*dolus eventualis*).

¹³⁰ Vgl. BGH NSTZ 2001, 647; *Altwater*, NSTZ 2002, 20, 24.

c. Mit gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 II Var. 7)

105 **Gemeingefährlich** ist ein Mittel, das in der konkreten Situation eine Mehrzahl von Menschen an Leib oder Leben gefährden kann, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in der Hand hat.¹³¹

106 Im Vordergrund steht somit die **Nichtkontrollierbarkeit des Mittels im konkreten Fall**. Ob eine konkrete Gefährdung (für eine unbestimmte Zahl von Personen) tatsächlich eintritt oder nicht, ist dabei unerheblich.¹³² Keine Rolle spielt es auch, wenn durch den Einsatz eines nicht beherrschbaren Mittels nur *eine Person* ums Leben kommt.

Beispiele: Klassische (und abstrakt) gemeingefährliche Mittel sind Gas, Wasser, Feuer, Sprengstoff (Bombe), radioaktive und giftige Stoffe. Deren Einsatz erfüllt grundsätzlich immer das Mordmerkmal *mit gemeingefährlichen Mitteln*, auch wenn im Einzelfall nur ein Mensch getötet wird.

107 Jedoch wird man aufgrund der von Verfassungen wegen gebotenen restriktiven Auslegung des Mordtatbestands das Mordmerkmal *mit gemeingefährlichen Mitteln* für den Fall verneinen müssen, dass zwar typisch gemeingefährliche Mittel eingesetzt werden, diese jedoch im **konkreten Fall objektiv ungeeignet sind**, eine unbestimmte Zahl von Personen zu gefährden.¹³³

Beispiel: Deponiert T eine Bombe unter den Hochsitz eines Jägers und bringt sie zur Explosion, ist wegen der mit der Explosion verbundenen „Breitenwirkung“ zwar an das Mordmerkmal *mit gemeingefährlichen Mitteln* zu denken. Dennoch wird man dieses Mordmerkmal verneinen müssen, wenn objektiv gesehen ausgeschlossen ist, dass außer dem Jäger andere Personen gefährdet werden.

108 Jedoch gibt es auch Tötungsmittel, die zwar ihrer Natur nach (also abstrakt betrachtet) nicht gemeingefährlich sind, dies jedoch bei ihrer **konkreten Anwendung** sein können.

Beispiele:

(1) Steine oder **Gullydeckel** sind abstrakt gesehen nicht gemeingefährlich. Wohl aber sind sie es, wenn sie von einer Autobahnbrücke auf unten fahrende Autos geworfen werden.¹³⁴

(2) Auch erfüllt das **ziellose** (und aggressionsbedingte) **Steuern eines Kfz** (mit hoher Geschwindigkeit) durch eine **Fußgängerzone** ohne Rücksicht darauf, dass dort anwesende Menschen zu Tode kommen könnten, das Mordmerkmal *mit gemeingefährlichen Mitteln*. Denn in einem solchen Fall ist es für den Fahrer weder berechenbar noch beherrschbar, welche und wie viele Personen durch das mit zügigem Tempo durch Cafeterrassen und Gehwege gelenkte Fahrzeug gefährdet, verletzt oder gar getötet werden könnten.¹³⁵ Das Gleiche gilt für das Beispiel von Rn 76 (**Falschfahrer auf der Autobahn**). Auch hier hat der BGH entschieden, dass ein Kfz zwar abstrakt gesehen nicht gemeingefährlich sei, der Täter die Ausdehnung der Gefahr aber nicht in seiner Gewalt gehabt habe.¹³⁶ Er habe daher nicht nur heimtückisch, sondern auch mit gemeingefährlichen Mitteln gehandelt.¹³⁷ Umgekehrt hat der BGH die Gemeingefährlichkeit verneint, wenn ein Autofahrer sich und seine Beifahrerin dadurch töten möchte, dass er den Wagen bewusst von der Fahrbahn (hier: Auto-

¹³¹ BGH NSTz **2006**, 503, 504 f.; NSTz **2006**, 167, 168 f.; BGHSt **34**, 13, 14; **38**, 353, 354; *Lackner/Kühl*, § 211 Rn 11; *MüKo-Schneider*, § 211 Rn 106; *NK-Neumann*, § 211 Rn 86; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn 103.

¹³² Vgl. BGHSt **38**, 353, 354 f.; *Sch/Sch-Eser*, § 211 Rn 29.

¹³³ Vgl. bereits die 1. Auflage **2002**; wie hier nun auch *Eidam*, JA **2006**, 11, 12.

¹³⁴ Vgl. BGH NSTz-RR **1997**, 294 f.; BGH VSR **1963**, 119; BGHSt **38**, 353, 355.

¹³⁵ BGH NSTz **2006**, 167, 168 f.

¹³⁶ BGH NSTz **2006**, 503, 504 f.

¹³⁷ Zum Mordmerkmal der Heimtücke vgl. Rn 76. Zur Strafbarkeit wegen § 315b und/oder § 315c vgl. Rn 558 ff. und Rn 597 ff. Zur Frage des Rücktritts vom Versuch vgl. *R. Schmidt*, AT, Rn 730.

bahn) lenkt und überschlagen lässt. Solange in dieser konkreten Situation das Tatmittel (hier: der Pkw) nicht geeignet sei, Dritte zu gefährden, sei es nicht gemeingefährlich.¹³⁸

- (3) Zu den gemeingefährlichen Mitteln gehört auch eine **Schnellfeuerwaffe**, wenn sie nicht kontrolliert werden kann. Etwas anderes gilt aber für die einfache Schusswaffe, mit der nur ein Schuss abgegeben werden kann. Hier kommt ein Mord mit gemeingefährlichen Mitteln nicht in Betracht, auch wenn der Täter in Kauf nimmt, dass der Schuss fehlerhaft und einen Unbeteiligten aus einer Vielzahl von Menschen treffen kann.¹³⁹

Fazit: Für die Gemeingefährlichkeit eines Tatmittels kommt es einzig und allein darauf an, ob der Täter das Tatmittel in der konkreten Situation so beherrscht, dass eine Gefährdung des Lebens weiterer Personen ausgeschlossen ist. Daraus folgt:

- Ist das Mittel **unbeherrschbar**, spielt es für die Bejahung des Mordmerkmals keine Rolle, wenn durch den Einsatz des Mittels nur *eine Person* ums Leben kommt.
- Ist zwar das eingesetzte Mittel abstrakt gesehen unbeherrschbar, jedoch im **konkreten Fall objektiv ungeeignet**, eine unbestimmte Zahl von Personen zu gefährden, muss das Mordmerkmal verneint werden.
- Jedoch gibt es auch Tötungsmittel, die zwar ihrer Natur nach, d.h. **abstrakt betrachtet, nicht gemeingefährlich** sind, dies jedoch bei ihrer **konkreten Anwendung** sein können.

Nach Auffassung des BGH kann das Mordmerkmal **nicht durch Unterlassen** verwirklicht werden.

108a

Im zu entscheidenden Fall wollte sich der Täter (T) aus Verzweiflung durch Aufdrehen des Gashahnes in der Wohnung das Leben nehmen. Jedoch drehte er nach ca. 15min den Gashahn wieder zu, um mit seiner (Ex-)Freundin F, derentwegen er sich das Leben nehmen wollte, zu telefonieren. Unerwartet klingelte F, die ihre restlichen Sachen abholen wollte. T ließ F in die Wohnung. Es kam zu einem Gespräch, in dessen Verlauf F eine Zigarettenschachtel und ein Feuerzeug aus der Tasche zog. Nunmehr erkannte T, dass es beim Anzünden einer Zigarette zu einer Explosion des Luft-Gas-Gemisches in der Wohnung mit tödlichen Folgen für ihn, für F und auch für andere Hausbewohner kommen könnte. Gleichwohl griff er nicht ein, weil er diese Folgen in Kauf nahm. Mit dem Entzünden des Feuerzeugs löste F eine Explosion aus, die das gesamte Haus einstürzen ließ. F und T erlitten schwere Verletzungen. C, der Mitbewohner des Hauses, wurde von den Trümmern erschlagen.

Der BGH hat entschieden, dass das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ nur dann vorliege, wenn der Täter ein solches Mittel zur Tötung einsetze. Folgerichtig scheidet eine Anwendung aus, wenn er lediglich eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutze. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Situation zufällig entstanden, durch dritte Personen geschaffen oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden sei.¹⁴⁰

2. Täterbezogene Mordmerkmale der 1. Gruppe (Motivmerkmale)

Die vier in der 1. Gruppe des § 211 II genannten Mordmerkmale umfassen besonders verwerfliche Beweggründe für die Tötung und stellen somit täterbezogene Mordmerkmale dar. Da hier allein die Motivation des Täters maßgeblich ist, wird diese Gruppe nach zutreffender h.M. rein subjektiv geprüft.

109

¹³⁸ BGH NStZ 2007, 330.

¹³⁹ BGHSt 38, 353, 354 f.

¹⁴⁰ BGH 7.7.2009 – 3 StR 204/09.