

Übungsfall zu Strafrecht BT I Rn 100

Sachverhalt¹: 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 Tag veranlasste T, dass sich O, nachdem er ihn entkleidet und ihm auch Spielsachen 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 ?

Lösungsgesichtspunkte: Durch das Ertränken des O in der Badewanne könnte T sich wegen Mordes in der Variante der Heimtücke (§§ 212 I, 211 I, II Var. 5) strafbar gemacht haben.

Vor dem Hintergrund drohender lebenslanger Freiheitsstrafe ist die Rspr. bestrebt, den tatbestandlichen Anwendungsbereich heimtückischer (vorsätzlicher) Tötung in engen Grenzen zu halten. Demzufolge soll „Heimtücke“ nur gegeben sein, wenn der vorsätzlich handelnde Täter die **auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung bewusst zur Tötung ausnutzt**.

1. Diese Definition verlangt zunächst einmal die **Arglosigkeit** des Opfers. „Arglos“ ist, wer sich im Zeitpunkt der Tat (d.h. bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs, wobei auf den Eintritt in das Versuchsstadium abzustellen ist) keines tätlichen Angriffs auf seine körperliche Unversehrtheit versieht. O versah sich keines Angriffs, als T an ihn herantrat, um ihn unter Wasser zu tauchen. Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass O erst drei Jahre alt war. Arglos ist nämlich nur, wer zu Argwohn überhaupt fähig ist. Diese Fähigkeit hat der BGH Kleinstkindern (insbesondere Babys) mehrfach abgesprochen, diesbezüglich dann aber auf die Arglosigkeit schutzbereiter Dritter (Eltern, Babysitter u. ä.) abgestellt. Eine exakte zeitliche Grenze zwischen Kleinstkindern, die zum Argwohn nicht fähig sind und jeden anlächeln, und Kleinkindern, die Argwohn hegen können, lässt sich nicht ziehen. Bei einem zweieinhalb bis dreijährigen Kind wird vom BGH die Fähigkeit zur Argwohn grundsätzlich bejaht. Etwas anderes könne nur gelten, wenn das Kind stark in seiner Entwicklung zurückliege.² Dafür liegen bei dem dreijährigen O keine Anhaltspunkte vor. Er war somit auch zum Argwohn fähig und auch tatsächlich arglos.

2. Weiterhin müsste O gerade infolge der Arglosigkeit **wehrlos** gewesen sein, was nur dann der Fall war, wenn er infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder in seiner Verteidigung stark eingeschränkt war. An diesem Kausalzusammenhang fehlt es, wo die Arglosigkeit auf die Wehrlosigkeit keinerlei Einfluss gehabt hat, etwa wenn sich das Opfer selbst bei rechtzeitigem Erkennen des Angriffs nicht hätte helfen können. Dieser Kausalzusammenhang wird bei Kleinstkindern in aller Regel verneint, da sie wie etwa Besinnungslose grundsätzlich **konstitutionell wehrlos** sind. Anders betrachtet die Rspr. hingegen die Abwehrfähigkeit von Kleinkindern (nochmals: etwa ab zweieinhalb bis drei Jahren), die im Gegensatz zu Säuglingen durchaus schon in der Lage sein können, das lebensgefährliche Vorhaben des Täters hindernd zu beeinträchtigen. Auch davon ist bei O auszugehen. Er war somit wehrlos.

3. Subjektiv fordert Heimtücke die **„bewusste Ausnutzung“** der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit. Hierfür soll es nicht genügen, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur in äußerer Hinsicht wahrnimmt. Dieses *finale Element* soll

¹ Nach BGH NSTZ 1995, 230.

² Vgl. dazu jüngst BGH NSTZ 2006, 338.

vielmehr erst dann gegeben sein, wenn der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen erkennt und sich zur Ausführung der Tat ganz bewusst zunutze macht. Dies kann für T uneingeschränkt angenommen werden.

4. Um dem verfassungsrechtlich gebotenen Postulat der restriktiven Auslegung des Mordtatbestands gerecht zu werden, verlangt die **Rechtsprechung** neben dem bewussten Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit auch ein Handeln „**in feindlicher Willensrichtung**“, was immer dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Täter meint, zum Besten des Opfers zu handeln, diesem also eine „Wohltat“ zu erweisen. Dabei stellt der BGH klar, dass das Kriterium der „Wohltat“ sehr restriktiv gehandhabt werden müsse und in Fällen wie dem vorliegenden zu verneinen sei, sofern auch Rache an der Ehefrau oder Eigennutz des Täters zu der Tat geführt hätten. T handelte demnach auch in feindlicher Willensrichtung gegenüber O, womit an sich alle Voraussetzungen der Heimtücke erfüllt wären.

5. Der **Literatur** geht die Einschränkung des Mordtatbestands durch die Rechtsprechung nicht weit genug. Sie fordert vielmehr die Einbeziehung weiterer verwerflichkeitsrelevanter Gesichtspunkte in die Auslegung des Heimtückemerkmals. So wird überwiegend ein **besonders verwerflicher Vertrauensbruch** gefordert: Die Ausnutzungsformel der Rechtsprechung bringe nicht hinreichend zum Ausdruck, worin die besondere Verwerflichkeit der Tat liege, erfasse letztlich jede Tötung ohne offene Kampfansage und lasse schließlich unberücksichtigt, dass die Heimtücke häufig nicht Ausdruck von Verschlagenheit, sondern die Waffe des Schwachen gegenüber dem Stärkeren sei. Mit der Forderung nach einem Vertrauensbruch wird für den Mordtatbestand eine personale Beziehung zwischen Täter und Opfer verlangt, derzufolge **das Opfer aufgrund des dem Täter entgegengebrachten Vertrauens in seinen Verteidigungsmöglichkeiten besonders eingeschränkt und damit besonders schutzwürdig ist**. Eben in dieser Komponente verletzten Vertrauens soll eine Unwertsteigerung liegen, die gegenüber dem Totschlag (Höchststrafe: fünfzehn Jahre) die Bestrafung wegen Mordes (lebenslang) rechtfertige. Zudem wird damit die Möglichkeit eröffnet, eine Gesamtbewertung der Tat vorzunehmen und auch die Motive des Täters mit zu berücksichtigen. Vorliegend wird man die Angst des T vor dem Verlust des Sorgerechts als besonders krassen Ausdruck von Eigennutz und Egoismus bewerten müssen, sodass auch die Literatur im vorliegenden Fall wohl zu keinem anderen Ergebnis kommen würde als die Rechtsprechung mit ihrer Ausnutzungsformel. T hat damit den Tatbestand des Heimtückemordes erfüllt. Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

6. Fraglich ist aber, ob ein „minder schwerer Fall“ des Mordes anzuerkennen ist. Gesetzlich vorgesehen ist eine solche Milderung nicht. Auch ist § 213 als Strafzumessungsregel des Totschlags bei § 211 nicht anwendbar, da sich schon der Wortlaut des § 213 ausschließlich auf § 212 bezieht. Zudem fehlt im Fall des § 213 gerade die besondere (tatbestandliche) Verwerflichkeit des Mordes. Schließlich wäre seine Anwendung wegen seiner besonders hohen Strafermäßigung auch unangemessen. Hier setzt die sog. **Rechtsfolgenlösung** des BGH an: Um den Vorgaben des BVerfG zur restriktiven Handhabung des § 211 gerecht zu werden, hat der *Große Senat in Strafsachen* durch Rechtsfortbildung den § 211 um eine ungeschriebene Strafzumessungsvorschrift für einen minder schweren Fall erweitert. Danach tritt an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe ausnahmsweise ein gemilderter Strafraum (§ 49 I Nr. 1), wenn die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandlichen Unrechts *unverhältnismäßig* wäre, weil *außergewöhnliche Umstände* vorliegen, die das Ausmaß der Täterschuld erheblich mildern. Solche außergewöhnlichen Umstände können beispielsweise bei unverschuldeten und notstandsähnlichen, anders als durch Tötung ausweglos erscheinenden Situationen angenommen werden. 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“ wird, sind anerkannt. Vorliegend kann von einer solchen ausweglosen Lage des T jedoch nicht ausgegangen werden. Auch eine vergleichbare Situation ist nicht ersichtlich. T ist daher wegen Mordes gemäß §§ 212 I, 211 I, II Var. 5 strafbar. Seine Strafe ist auch nicht zu mildern.