

Lösungsskizze Fall 1–3 (§§ 211, 212 StGB)

Fall 1¹

Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlung und Erfolg [Grunddelikt § 212 I StGB]: Tötung eines anderen Menschen (+)

b) Mordmerkmal Heimtücke [Qualifikation § 211 StGB]

Heimtücke = bewusstes Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit

aa) Ausnutzen der Arglosigkeit

Arglos ist, wer sich keines Angriffs versieht, also die Vorstellung hat vor einem Angriff sicher zu sein. **(P)** Ist G arglos, obwohl er schläft?

Rspr.: (+), denn wer einschläft, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf. Tötung eines Schlafenden als „klassischer Fall“ der Heimtücke. Anders ist dies nur dann, wenn das Opfer bereits argwöhnisch ist und nun vom Schlaf übermannt wird.²

bb) Ausnutzen der Wehrlosigkeit

Wehrlos ist, wer auf Grund der Arglosigkeit keine oder nur eine reduzierte Möglichkeit zur Verteidigung besitzt. Hier (+)

Beruhend auf der Arglosigkeit (+)

cc) Tatbestandliche Einschränkung des Mordmerkmals Heimtücke

Bei Verurteilung zu Mord muss zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden, dies gerät leicht in Konflikt mit dem Grundsatz schuldangemessener Strafe. Die Mordmerkmale müssen daher so angewendet werden, dass nur die tatsächlich besonders verwerflichen Fälle erfasst werden.³ Diese Problematik zeigt sich hier besonders deutlich. Wie aber das offensichtlich ungerechte Ergebnis korrigiert werden kann, ist umstritten.

M₁ (Rspr.): Täter muss in feindlicher Willensrichtung handeln, hier (+). Heimtücke wäre aber etwa ausgeschlossen, wenn der Täter aus altruistischen Motiven handelt.

¹ Vgl. BGH NJW 2003, 2466; instruktiv: Beckemper JA 2004, 99.

² Vgl. BGH NStZ 2007, 523.

³ Zur verfassungsrechtlichen Problematik BVerfG NJW 1977, 1525.

Hinweis: Die Rspr. verneint die feindliche Willensrichtung nur ganz ausnahmsweise. In einer neueren Entscheidung setzt der BGH sogar voraus, die Tötung müsse dafür dem ausdrücklichen Willen des Opfers entsprechen oder – wenn das Opfer nicht mehr zu einer autonomen Entscheidung fähig ist – seinem mutmaßlichen Willen.⁴ Damit verliert das Merkmal in Fällen wie hier jede Bedeutung.

M₂ (Lit.): verwerflicher Vertrauensbruch erforderlich, hier wohl (-), da Vertrauensverhältnis nicht mehr besteht

- (-) besonders verwerflicher Meuchelmord nicht erfasst

M₃ (Lit.): tückisch-verschlagenes, d.h. listiges, hinterhältiges Vorgehen erforderlich, hier wohl (-)

- (-) Verlust an Rechtssicherheit

M₄: (Lit.): Das Vorliegen eines Mordmerkmals begründet nicht zwingend die Annahme von Mord, sondern ist lediglich ein Indiz dafür. Zusätzlich muss anhand einer **Gesamtwürdigung** der Umstände und der Täterpersönlichkeit festgestellt werden, dass die Tat **besonders verwerflich** ist (**positive Typenkorrektur**), bzw. geprüft werden, ob ausnahmsweise trotz der Verwirklichung eines Mordmerkmals die besondere Verwerflichkeit zu verneinen ist (**negative Typenkorrektur**). Im vorliegenden Fall könnte danach trotz der heimtückischen Tötung kein Mord angenommen werden.

- (-) Verlust an Rechtssicherheit
- (-) Konflikt mit Bestimmtheitsgrundsatz
- (-) Keine Anhaltspunkte dafür, dass Tatbestandsmerkmalen nur Indizwirkung zukommen soll → Von Gesetzgeber abschließende Regelung beabsichtigt
- (-) Mit Wortlaut des § 211 StGB unvereinbar

Großer Senat des BGH:⁵ Rechtsfolgenlösung: Das Gebot der Rechtssicherheit verbiete es, die Anwendung oder Nichtanwendung einer Strafrechtsnorm von einer in die Hand des Richters gelegten Generalklausel abhängig zu machen. Das Vorliegen eines Mordmerkmals indiziert nach dem Willen des Gesetzgebers nicht lediglich die Anwendung des § 211 StGB, sondern schreibt sie zwingend vor. Die verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung des Mordmerkmals „Heimtücke“ kann daher in derartigen Fällen nur auf der *Rechtsfolgenseite* erfolgen. Bei Vorliegen außergewöhnlicher strafmildernder Umstände wie im vorliegenden Fall ist der Strafraum analog § 49 I Nr. 1 StGB zu mildern.

⁴ BGH NJW 2019, 2413 (2416).

⁵ BGHSt 30, 105.

- (-) Hätte durch 6. Strafrechtsreformgesetz (StRG) geändert werden können. § 49 StGB ist nur bei ausdrücklichem Verweis anwendbar.

Hiernach liegt Heimtücke vor, eine Korrektur erfolgt erst auf Rechtsfolgende Seite.

dd) Bewusste Ausnutzung [subjektives Element der Heimtücke]?

Voraussetzungen: Der Täter muss die **Umstände kennen** (= wahrgenommen haben), aus denen sich die Arg- und Wehrlosigkeit ergibt⁶ und er muss die **Bedeutung dieser Umstände** für die Ausführung der Tat **erkannt haben** (= Vorstellung des Ausnutzens).

Problematisch sind diese subjektive Voraussetzungen der Heimtücke in der Regel (ausnahmsweise!) nur bei affektiven Spontanötungen bzw. heftigen Erregungszuständen.⁷

Nicht erforderlich: besonders verwerfliche Motive/Gesinnung

Hier: (+)

Hinweis: Streng genommen müsste diese Prüfung im subjektiven Tatbestand unter 2. erfolgen, ein solcher Aufbau ist gleichermaßen vertretbar. Da die angesprochenen Punkte aber bereits in der Definition der Heimtücke enthalten sind (**bewusstes** Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit) ist es m.E. einfacher, sie schon im objektiven Tatbestand zu prüfen.⁸ Insgesamt sollten Ausführungen hierzu kurz gehalten werden.

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz (+)

II. Rechtswidrigkeit

1. § 32 StGB? (P) Gegenwärtiger Angriff?

M₁: Alsbald drohender Angriff genügt, wenn durch weiteres Warten die Verteidigungschancen erheblich verschlechtert würden.

M₂ (h.M.): Würde man die Gegenwärtigkeit bei einem alsbald bevorstehenden Angriff bejahen, würde die Güterabwägung des § 34 StGB umgangen.

2. § 34 StGB?

Gegenwärtige Gefahr (+) (Stichwort: Dauergefahr),

(P) Wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses?

→ **Nein**, keine Abwägung Leben gegen Leben

⁶ BGHSt 22, 77 (80).

⁷ Rengier StrafR BT II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 89.

⁸ So auch Rengier StrafR BT II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 14.

III. Schuld

1. § 33 StGB? (P) Anwendbar bei vorzeitigem extensivem Notwehrexzess?

H.M.: § 33 StGB nur bei intensivem Notwehrexzess anwendbar.

2. § 35 StGB?

Gegenwärtige Gefahr (+), **(P) anders abwendbar?** Inanspruchnahme staatl. bzw. karitativer Stellen denkbar.

3. § 35 II StGB?

Grds. denkbar, Sachverhalt hierfür aber zu dünn.

IV. Strafmilderung

Nach BGH ausnahmsweise gemilderter Strafraumen gem. § 49 I Nr. 1 StGB wegen außergewöhnlicher Umstände, die lebenslange Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheinen lassen.

Zur Vertiefung: Zum Teil wird in der Literatur hier die Anwendung von § 213 StGB für möglich gehalten.⁹ Insgesamt mag die Konstruktion aus Sicht der Literatur – die Rechtsprechung kann § 213 StGB schon gar nicht anwenden, da sie § 211 StGB für ein ggü. § 212 eigenständiges Delikt hält – zunächst verlockend scheinen. Sie bietet aber ebenfalls keine sauberen Lösungen, sondern stellt ihrerseits wiederum neue Fragen, was zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt. Unproblematisch anwendbar ist § 213 StGB hingegen, wenn die Heimtücke im objektiven Tatbestand abgelehnt wird und somit nur ein Totschlag nach § 212 I StGB gegeben ist.

V. Ergebnis (nach BGH): §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB (+)

Fallabwandlung

Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

Rspr.: Im Gegensatz zu einem Schlafenden ist ein Bewusstloser nicht arglos, denn er konnte die Bewusstlosigkeit nicht verhindern und daher auch nicht in die Erwartung vertrauen, dass ihm niemand in diesem Zustand etwas antut.¹⁰

Ergebnis: § 212 I StGB (+)

⁹ NK-StGB/Saliger, 6. Aufl. 2023, § 213 Rn. 4; vgl. Rengier Strafr BT II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 76 m.w.N.

¹⁰ BGH NJW 1969, 2292.

Fall 2¹¹

Strafbarkeit der A gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) **Tathandlung und Erfolg:** Tötung eines anderen Menschen (+)

b) Tatbezogenes Mordmerkmal Heimtücke

Ausnutzen der Arglosigkeit des S?

(P) S ist ein neugeborenes Baby. Kleinstkindern (Grenze bei etwa 3 Jahren) sind nicht zum Argwohn fähig. Heimtücke kommt hier nur bei besonderen Vorkehrungen in Betracht, wie etwa dann, wenn der Täter die Arglosigkeit eines **schutzbereiten Dritten** planmäßig berechnend zur Tötung ausnutzt (siehe Abwandlung).

→ Heimtücke (-)

2. Zwischenergebnis: Objektiver Tatbestand (-)

II. Ergebnis: §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB (-)

Fallabwandlung

b) Tatbezogenes Mordmerkmal Heimtücke

aa) Ausnutzen der Arglosigkeit der Babysitterin B

Dazu müsste B eine schutzbereite/schutzwillige Aufsichtsperson sein.

Schützender Dritter ist jeder, der den Schutz des Kindes dauernd oder vorübergehend übernommen hat und ihn im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut (auch im letzteren Fall ist aber nach der Rspr. zumindest eine gewisse räumliche Nähe erforderlich¹²).

Entscheidend ist die *tatsächliche* Schutzbereitschaft, nicht eine rechtliche Schutzverpflichtung. Hier: (+)

¹¹ Säuglings-Fall, BGHSt 3, 330; 8, 216; BGH NStZ 1995, 230.

¹² BGH NStZ 2013, 158; 2015, 215.

bb) Ausnutzen der Wehrlosigkeit der Babysitterin B

Hier kommt es ebenfalls auf die Wehrlosigkeit der Schutzperson an (+)

Beruhend auf der Arglosigkeit (+)

cc) Tatbestandliche Einschränkung des Mordmerkmals Heimtücke

M₁ (Rspr.): in feindlicher Willensrichtung, hier (+)

M₂ (Lit.): besonders verwerflicher Vertrauensbruch, hier (+)

Hinweis: Zu ausführlicheren Erwägungen im Zusammenhang mit einer restriktiven Anwendung der Heimtücke s. Fall 1. In Fällen wie hier, in denen das Ergebnis zumindest nicht offensichtlich ungerecht erscheint, genügt es, einige Ansätze zur tatbestandlichen Einschränkung kurz anzusprechen ohne sich zu lange damit aufzuhalten.

dd) Bewusste Ausnutzung (+)

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale (+)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

III. Ergebnis: §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB (+)

Fall 3¹³

Strafbarkeit des B gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Tathandlung und Erfolg: Tötung eines anderen Menschen (+)

b) Mordmerkmal Heimtücke

O wäre arglos, wenn er sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs gegen Leben oder Leben von Seiten des B versah.

(P) O und B waren bereits vor dem tödlichen Angriff in einen Streit verwickelt.

Arg- und Wehrlosigkeit können auch dann gegeben sein, wenn der Täter dem Opfer **feindselig** entgegentritt, das Opfer die **drohende Gefahr aber erst im letzten Augenblick erkennt, so dass**

¹³ BGH NStZ-RR 1997, 168; Fesselungs-Fall, BGHSt 32, 382.

ihm keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen.¹⁴ Auch vorherige verbale/tätliche Auseinandersetzungen stehen der Arglosigkeit nicht entgegen, wenn das Opfer z.B. wegen einer zeitlichen Zäsur nicht mit einem weiteren Angriff rechnet. Im Übrigen bedeutet feindseliges Auftreten nicht ohne Weiteres, dass sich das spätere Opfer eines tätlichen Angriffs versieht.

Hier: Keine Anhaltspunkte, dass Streit fortbesteht bzw. Opfer mit Tätlichkeit rechnen musste. Auch der Ruf „Hey!“ war nicht geeignet, die Arglosigkeit des Opfers zu beseitigen, denn O erkannte die Waffe so spät, dass ihm eine Reaktion nicht mehr möglich war. Also Arglosigkeit (+)

Hinweis: Keine Arglosigkeit liegt vor, wenn das Opfer mit der Herbeiführung seiner Wehrlosigkeit (z.B. Fesselung) **einverstanden** war, sich danach ein Streit entwickelt, der Täter dann den Tötungsentschluss fasst und das Opfer ihn bei der Vorbereitung der Tat beobachtet und mitbekommt, was passiert. Denn zum Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs, ist das Opfer nicht mehr arglos und es wird nur die Wehrlosigkeit ausgenutzt.¹⁵ Nach dem BGH ist auch kein Vergleich mit schlafendem Opfer möglich (Opfer nimmt Arglosigkeit mit in den Schlaf), da die Fesselung die Wahrnehmungsfähigkeit nicht beeinträchtigt.¹⁶

c) Tatbestandliche Einschränkung des Mordmerkmals Heimtücke

M₁ (Rspr.): in feindlicher Willensrichtung, hier (+)

M₂ (Lit.): besonders verwerflicher Vertrauensbruch, hier (+/-) mangels Sachverhaltsangaben.

d) Bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit (+)

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz (+)

Hinweis: Aufgrund der vorausgegangenen Auseinandersetzung liegt kein niedriger Beweggrund vor.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

III. Ergebnis: §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB (+)

¹⁴ BGH NStZ 2006, 96; NStZ-RR 1997, 168.

¹⁵ Vgl. BGHSt 32, 382 (388).

¹⁶ BGHSt 32, 382 (386).