

Krey/Hellmann/Heinrich

Strafrecht Besonderer Teil

Band 1

Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte

17., überarbeitete Auflage

Kohlhammer

Kohlhammer

Strafrecht Besonderer Teil

Studienbuch
in systematisch-induktiver Darstellung

Band 1 Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte

Begründet von

Dr. Volker Krey

o. Professor an der Universität Trier
Richter am Oberlandesgericht Koblenz (1978-1998)

fortgeführt von

Dr. Manfred Heinrich

Universitätsprofessor an der Universität Kiel

und

Dr. Dr. h.c. Uwe Hellmann

Universitätsprofessor an der Universität Potsdam

unter Mitarbeit von Niklas Weber (Universität Kiel)

17., überarbeitete Auflage

Verlag W. Kohlhammer

Unseren Ehefrauen und Kindern

Zitiervorschlag: Krey/Hellmann/Heinrich, BT 1

Es haben bearbeitet:

Uwe Hellmann, Rn. 1–484 (§§ 1–4), 1410–1418 (Aufbaumuster)

Manfred Heinrich, Rn. 485–1409 (§§ 5–12)

17. Auflage 2021

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-17-038556-6

E-Book-Format:

pdf: ISBN: 978-3-17-038557-3

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Vorwort zur 17. Auflage

Dieses Lehrbuch ist eine »systematisch-induktive«, d.h. zwar **systematisch aufgebaut**, aber weitgehend **vom Fall ausgehende** Darstellung der Nichtvermögensdelikte des Besonderen Teils des StGB. Eine solche Form der Darstellung, die den Lehrstoff im Wesentlichen anhand von **Fällen** vermittelt oder jedenfalls durch **Beispiele** veranschaulicht, bedingt zwar einen nicht unerheblichen Umfang des insgesamt zweibändigen Werkes, erleichtert aber erfahrungsgemäß das Verständnis und das Behalten des behandelten Stoffes.

Das Buch richtet sich zum einen an **Anfänger**, denen es eine gründliche Einführung bieten will, zum anderen aber auch an **Fortgeschrittene und Referendare** – zudem an **Praktiker** –, denen es bei der Wiederholung, Ergänzung und Vertiefung ihres Wissens gute Dienste leisten möge.

Das Buch bemüht sich an vielen Stellen um eine sehr **eingehende** Problembehandlung, wobei u.a. die Sterbehilfe sowie die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte hervorgehoben seien. Weiterhin werden vielfach die Bezüge zum Allgemeinen Teil angesprochen, zudem die zum öffentlichen Recht, gelegentlich auch die zum Strafprozessrecht.

Hinsichtlich der Probleme aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts verweisen wir zur Ergänzung und Vertiefung auf das in diesem Verlag erschienene Lehrbuch von Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 6. Auflage (2016).

Die Neubearbeitung haben wir wie folgt aufgeteilt:

Uwe Hellmann, Rn. 1–484 (§§ 1–4), 1410–1418 (Aufbaumuster);

Manfred Heinrich, Rn. 485–1409 (§§ 5–12).

Dank schulden wir in erster Linie unseren Assistenten Herrn Niklas Weber (Kiel) und Herrn Tristan Berthold (Potsdam) für ihre unermüdliche Mitarbeit. Ebenso danken wir aber auch Frau Annika Elit, Herrn Tobias Schreier, Herrn Benedikt Siebelmann, Frau Meryem Kücükcaraca und Frau Katharina Pechan (Kiel), Herrn Janek Downes, Frau Maria Makarewitsch, Frau Dr. Diana Stage, Frau Iryna Torak und Frau Cora Wegemund (Potsdam) sowie Frau Brigitte Winkler (Sekretärin, Kiel), die uns auf vielfältige Weise unterstützt haben.

Für Anregungen und Kritik aus dem Kreis der Leser sind wir dankbar.

Kiel/Potsdam, im Februar 2021

Manfred Heinrich und Uwe Hellmann

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	Seite XIII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	Seite XVIII

Erster Abschnitt: Straftaten gegen den Einzelnen	Rn.
---	------------

§ 1	Straftaten gegen das Leben (§§ 211 – 213, 216, 222; 221 StGB)	1
	I. Der Mensch als Tatobjekt der Tötungsdelikte	1
	1. Beginn des menschlichen Lebens im Strafrecht	2
	2. Todeszeitpunkt	9
	II. Verhältnis von Mord und Totschlag (§§ 211, 212; 28 I, II StGB)	12
	III. Einzelne Mordmerkmale	26
	IV. Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB)	102
	V. Sterbebegleitung.....	109
	VI. Fahrlässige Tötung (§ 222 StGB)	133
	VII. Aussetzung (§ 221 StGB)	143
§ 2	Straftaten gegen das werdende Leben (§§ 218 – 219b StGB)	166
	I. Verhinderung der Nidation, § 218 I S. 2 StGB	166
	II. Schwangerschaftsabbruch	167
	1. Strafbarkeit eines Dritten (Fremdabtreibung)	168
	2. Strafbarkeit der Schwangeren (»Selbstabtreibung«)	175
	III. Indikationsregelung (§ 218a II, III StGB)	184
	1. Medizinisch-soziale Indikation (§ 218a II StGB)	184
	2. Ethische (kriminologische) Indikation (§ 218a III StGB)	192
	IV. Fehlende oder unrichtige ärztliche Feststellung (§ 218b StGB)	193
	V. Weitere Strafvorschriften	194
	1. Werbung für den Schwangerschaftsabbruch (§ 219a StGB)	194
	2. Inverkehrbringen von Mitteln zum Abbruch der Schwangerschaft (§ 219b I StGB).....	195
	VI. Geltung des § 218 StGB bei Auslandstaten (§ 5 Nr. 9 StGB)	196
	VII. Suizidversuch der Schwangeren und Schwangerschaftsabbruch	198
§ 3	Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223 – 231 StGB) .	201
	I. Körperverletzung durch Schädigung des Embryos mit Dauerfolgen?	201
	II. Begriff der Körperverletzung: Körperliche Misshandlung; Gesundheitsschädigung	206
	III. Verhältnis von Tötungs- und Körperverletzungsvorsatz (Einheitstheorie/Gegensatztheorie)	244
	IV. Konkurrenz zwischen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten	252

V. Gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB)	263
1. § 224 I Nr. 1 StGB (Beibringen von Gift oder anderen gesundheits- schädlichen Stoffen).....	264
2. § 224 I Nr. 2 StGB (gefährliches Werkzeug)	273
3. § 224 I Nr. 3 StGB (hinterlistiger Überfall)	280
4. § 224 I Nr. 4 StGB (gemeinschaftliche Begehung mit einem anderen Beteiligten).....	281
5. § 224 I Nr. 5 StGB (lebensgefährdende Behandlung)	289
VI. Schwere Körperverletzung (§ 226 StGB)	290
1. § 226 I Nr. 1 StGB	290
2. § 226 I Nr. 2 StGB	292
3. § 226 I Nr. 3 StGB	298
4. Zurechnung der qualifizierenden Folgen	304
5. Konkurrenzen.....	307
VII. Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 226a StGB)	308
VIII. Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB)	313
IX. Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB)	344
X. Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 StGB)	352
XI. § 228 StGB: Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	363
XII. Elterliches »Züchtigungsrecht«	369
XIII. Verfolgungsprivilegierung nach § 230 StGB	370
§ 4 Straftaten gegen die persönliche Freiheit (§§ 232 – 241a StGB)	371
I. Überblick	371
II. Freiheitsberaubung (§ 239 StGB)	374
1. § 239 I StGB	374
2. § 239 III StGB	388
3. § 239 IV StGB	391
III. Nötigung (§ 240 StGB)	392
1. § 240 I StGB	397
2. Rechtswidrigkeit der Nötigung (§ 240 II StGB)	424
3. Nötigung in besonders schweren Fällen (§ 240 IV StGB)	454
IV. Zwangsheirat (§ 237 StGB)	455
1. § 237 I StGB (»Zwangsverheiratung«)	456
2. § 237 II StGB (»Heiratsverschleppung«)	458
V. Nachstellung (§ 238 StGB)	460
1. Schutzgut und Deliktscharakter	462
2. Begriff des Nachstellens (§ 238 I Nr. 1 – 5 StGB)	464
3. Die Merkmale beharrlich, unbefugt, Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung	471
4. Qualifikationen: § 238 II und III StGB	474
5. Konkurrenzen	478
VI. Bedrohung (§ 241 StGB)	479

§ 5	Straftaten gegen die Ehre (§§ 185 – 200 StGB)	485
I.	§§ 185 – 188 StGB	485
1.	Beleidigung (§ 185 StGB)	489
2.	Üble Nachrede (§§ 186, 188 I StGB)	504
3.	Äußerungen im Rahmen von Vertrauensverhältnissen	537
4.	Beleidigung durch Unterlassen und/oder konkludentes Tun	541
5.	Verleumdung (§§ 187, 188 II StGB)	547
II.	Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB)	550
III.	Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)	552
IV.	Strafantrag und Ermächtigung (§ 194 StGB)	552
V.	Wechselseitig begangene Beleidigungen (§ 199 StGB)	553
VI.	Bekanntgabe der Verurteilung (§ 200 StGB)	554
VII.	Indemnität (Art. 46 I GG; §§ 36, 37 StGB)	555
VIII.	Hinweis zur Abschaffung des § 103 StGB a.F.	556
 § 6	 Straftaten gegen sonstige persönliche Rechtsgüter	 557
I.	Hausfriedensbruch (§ 123 StGB)	557
II.	Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs (§§ 201 – 206 StGB)	592
1.	Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB)	593
2.	Verwertung fremder Geheimnisse (§ 204 StGB)	635
3.	Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB)	637
4.	Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen (§ 201a StGB)	645
a)	§ 201a I Nr. 1 i.V.m. 4, 5 StGB (geschützter Bereich)	647
b)	§ 201a I Nr. 2 i.V.m. 4, 5 StGB (Hilflosigkeit)	659
c)	§ 201a I Nr. 3 i.V.m. 4, 5 StGB (Zurschaustellung Verstorbener)	662
d)	§ 201a II StGB (Schädigung des Ansehens)	663
e)	§ 201a III Nr. 1, 2 StGB (Nacktaufnahmen Minderjähriger)	666
5.	Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 202 StGB)	672
6.	Ausspähen von Daten (§ 202a StGB)	673
7.	Abfangen von Daten (§ 202b StGB)	697
8.	Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten (§ 202c StGB)	700
9.	Datenhehlerei (§ 202d StGB)	706
10.	Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses (§ 206 StGB)	715

Zweiter Abschnitt: Straftaten gegen die Allgemeinheit

Kapitel 1: Straftaten gegen den Staat 719

§ 7 Delikte gegen die Staatsgewalt 719

I.	Widerstand gegen und tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte und ihnen gleichstehende Personen (§§ 113 – 115 StGB)	719
1.	Zum Tatbestand des § 113 I StGB (»Widerstand«)	721
2.	§ 113 II StGB: Besonders schwere Fälle	739
3.	§ 113 III, IV StGB: Rechtmäßigkeit der Diensthandlung	743

4. Der Tatbestand des § 114 StGB (»tätlicher Angriff«)	765
5. Die Strafbarkeitserweiterungen des § 115 StGB	784
II. Amtsanmaßung (§ 132 StGB)	785
III. Missbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen (§ 132a StGB)	796
IV. Gefangenenbefreiung und Gefangenenmeuterei (§§ 120, 121 StGB)	803
1. Gefangenenbefreiung (§ 120 StGB)	804
2. Gefangenenmeuterei (§ 121 StGB)	811
V. Verwahrungsbruch (§ 133 StGB)	813
VI. Verstrickungsbruch und Siegelbruch (§ 136 StGB)	818
1. Verstrickungsbruch (§ 136 I i.V.m. III, IV StGB)	818
2. Siegelbruch (§ 136 II i.V.m. III, IV StGB)	833
3. Konkurrenz zwischen Verstrickungs- und Siegelbruch	837
§ 8 Straftaten gegen die Rechtspflege	838
I. Aussagedelikte (§§ 153 – 162 StGB)	838
1. §§ 153; 154, 155 StGB	839
2. Verleitung zur Falschaussage (§ 160 StGB)	863
3. Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen (§§ 154, 27/13 StGB)	871
4. Falsche Versicherung an Eides Statt (§ 156 StGB)	879
5. Versuch der Anstiftung zur Falschaussage (§ 159 StGB)	884
6. Die Anwendbarkeit der §§ 153 ff. StGB auf internationale Gerichte .	891
II. Falsche Verdächtigung (§§ 164, 165 StGB)	892
III. Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB)	917
1. Vortäuschen der Begehung einer rechtswidrigen Tat (§ 145d I Nr. 1 StGB)	919
2. Versuch der Täuschung über einen Tatbeteiligten (§ 145d II Nr. 1 StGB)	925
IV. Strafvereitelung (§ 258 StGB)	937
1. Verfolgungsvereitelung (§ 258 I StGB)	938
2. Vollstreckungsvereitelung (§ 258 II StGB)	948
3. § 258 VI StGB	955
4. § 258 V StGB	960
5. Ergänzende Hinweise zu § 258 StGB	964
V. Begünstigung (§ 257 StGB)	967
VI. Nichtanzeige geplanter Straftaten (§§ 138, 139 StGB)	983
§ 9 Amtsdelikte (§§ 331 – 358 StGB)	999
I. Unterscheidung: unechte und echte Amtsdelikte	999
II. Die unechten Amtsdelikte	1000
1. Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB)	1001
2. Strafvereitelung im Amt (§§ 258, 258a StGB)	1011
III. Die Bestechungstatbestände der §§ 331 – 337 StGB	1019
1. Zur Gesetzessystematik der Bestechungstatbestände	1020

2. Täterkreis der §§ 331 I und 332 I StGB	1033
a) Amtsträger nach § 11 I Nr. 2 lit. a StGB	1034
b) Amtsträger nach § 11 I Nr. 2 lit. b StGB	1035
c) Amtsträger nach § 11 I Nr. 2 lit. c StGB	1036
d) Europäische Amtsträger gem. § 11 I Nr. 2a StGB	1056
e) Für den öff. Dienst besonders Verpflichtete gem. § 11 I Nr. 4 StGB	1057
f) Ausländische und internationale Bedienstete gem. § 335a StGB	1058
g) Soldaten gem. § 48 I, II WStG	1059
3. Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333; 335a-337 StGB)	1060
4. Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334, 335, 335a-337 StGB)	1086
IV. Rechtsbeugung (§ 339 StGB)	1099
V. Aussageerpressung (§ 343 StGB)	1109
VI. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB)	1111
Kapitel 2: Sonstige Straftaten gegen die Allgemeinheit	1112
§ 10 Delikte gegen die Sicherheit des Rechtsverkehrs	1112
I. Urkundendelikte (§§ 267 – 282; 348 StGB)	1112
1. Urkundenfälschung (§ 267 StGB)	1112
2. Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 StGB)	1184
3. Fälschung beweis erheblicher Daten (§§ 269, 270 StGB)	1208
4. Urkundenunterdrückung (§ 274 StGB)	1212
5. Verändern von amtlichen Ausweisen (§ 273 StGB)	1215
6. Fälschung von Gesundheitszeugnissen (§ 277 StGB)	1216
7. Falschbeurkundung im Amt und Mittelbare Falschbeurkundung (§§ 348/271 StGB)	1218
II. Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146 – 152b StGB)	1237
§ 11 Gemeingefährliche Straftaten (§§ 306 – 323c StGB)	1239
I. Brandstiftung (§§ 306 – 306f StGB)	1241
1. § 306a I, II StGB i.V.m. §§ 306b, 306c StGB	1242
2. § 306 StGB (und seine Qualifikationen, §§ 306b, 306c StGB)	1290
II. Verkehrsstraftaten (§§ 315 – 316 StGB)	1291
1. Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (§ 315b StGB)	1291
2. Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB)	1313
3. Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)	1332
4. Verbotene Kraftfahrzeugrennen (§ 315d; 315f StGB)	1334
III. Vollrausch (§ 323a StGB) – mit »actio libera in causa« –	1348
IV. Unterlassene Hilfeleistung, Behinderung von hilfeleistenden Personen (§ 323c I, II StGB)	1376
1. Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c I StGB)	1376
2. Behinderung von hilfeleistenden Personen (§ 323c II StGB)	1385

§ 12	Straftaten gegen die Umwelt (§§ 324 – 330d StGB)	1388
	I. Vorbemerkungen zu §§ 324 – 330d StGB	1388
	1. Überblick über die gesetzliche Regelung	1388
	2. Geschützte Rechtsgüter des Umweltstrafrechts	1391
	3. Die Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht	1394
	II. Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)	1401
	III. Unerlaubter Umgang mit Abfällen (§ 326 StGB)	1407
	Aufbaumuster	1410
	Kombiniertes Gesetzes- und Sachregister	1419

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
a.E.	am Ende
AE	Alternativentwurf
a.F.	alte Fassung
AtP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Vorgänger: Archiv für Presserecht)
AG	Amtsgericht
AIFO	Aidsforschung
allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwK	AnwaltsKommentar StGB
AO	Abgabenordnung
AT	Allgemeiner Teil
ausf.	ausführlich
A/W/H/H	Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf
BAK	Blutalkoholkonzentration
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGH St	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGH Z	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BMinG	Bundesministergesetz
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
B/W/M/E	Baumann/Weber/Mitsch/Eisele
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe

Abkürzungsverzeichnis

dies.	dieselbe
diff.	differenzierend
DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStrR	Deutsches Strafrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
ebd.	ebendort
ebso.	ebenso
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974 – BGBl. I 469
entspr.	entsprechend
EUBestG	EU-Bestechungsgesetz
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FeV	Fahrerlaubnisverordnung
f.	folgende, folgender
ff.	folgende
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
FGG	Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift
FZV	Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Großer Senat; Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.A.	herrschende Ansicht
HandwO	Handwerksordnung
HdB	Handbuch
HdS	Handbuch des Strafrechts
HK-GS	Handkommentar Gesamtes Strafrecht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (Online-Zeitschrift)
i.A.a.	im Anschluss an
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IntBestG	Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung

i.S.v.	im Sinne von
i.t.S.	im technischen Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JMBINW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KorrBekG	Korruptionsbekämpfungsgesetz
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LK	Leipziger Kommentar zum StGB
LM	Entscheidungen des BGH im Nachschlagewerk v. Lindenmaier, Möhring u.a.
LPK	Lehr- und Praxiskommentar
l. Sp.	linke Spalte
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MK	Münchener Kommentar
MMR	Multimedia und Recht
M/R	Matt/Renzikowski
M/S/M	Maurach/Schroeder/Maiwald
M/S/M/H/M	Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
nachf.	nachfolgend
Nds. Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum StGB
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGH St	Entscheidungen des OGH in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLG St	Entscheidungen der OLG zum Straf- u. Strafverfahrensrecht (§§ und S.)

Abkürzungsverzeichnis

ParlStG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre
RG	Reichsgericht
RG St	Entscheidungen des RG in Strafsachen
RMG	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
RPflG	Rechtspflegergesetz
r. Sp.	rechte Spalte
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, siehe
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Sch/Sch	Schönke/Schröder
sc.l.	scire licet (zu ergänzen ist)
SigG	Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen
SK	Systematischer Kommentar zum StGB
S/S/W	Satzger/Schluckebier/Widmaier
StA	Staatsanwaltschaft
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StrRG, 6.	Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 26.1.1998 – BGBl. I, 164
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
SubvG	Subventionsgesetz
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliche
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
VE	Verdeckter Ermittler
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VRs	Verkehrsrechts-Sammlung
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WaffG	Waffengesetz
WBeauftrG	Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
W/B/S	Wessels/Beulke/Satzger
W/H/E	Wessels/Hettinger/Engländer
W/H/S	Wessels/Hillenkamp/Schuhr
WStG	Wehrstrafgesetz

ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Online-Zeitschrift)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Online-Zeitschrift)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
zw.	zweifelnd
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015 (zit.: A/W/H/H)
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. II.1, 2. Aufl. 1904
Blei, Strafrecht II, 12. Aufl. 1983
Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968
Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998 (zitiert: D/S/N/S)
Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 5. Aufl. 2019 (zitiert: *Eisele I*)
Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2019 (zitiert: *Eisele II*)
Eser, Strafrecht 2, 3. Aufl. 1980; Strafrecht 3, 2. Aufl. 1981
Fischer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 68. Aufl. 2021
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931
Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010
Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Bd., 2. Aufl. 2004
Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015
Haft, Strafrecht Besonderer Teil II, 8. Aufl. 2005
Haft/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2009
Handbuch des Strafrechts, Band 4, 2019 (zitiert: HdS 4)
Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017 (zitiert: HK-GS)
Heine/Meinberg, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz ...?, DJT Gutachten 1988, D
Heinrich, B., Strafrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019
Heinrich, M., Die gefährliche Körperverletzung, 1993
Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977 (zitiert: *Herzberg*, 1977)
Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972 (zitiert: *Herzberg*, 1972)
Hohmann/Sander, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2011
Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012
Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004
Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019 (zitiert: *Jäger*, AT)
Jäger, Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019 (zitiert: *Jäger*, BT)

- Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch – Historische Klasse, Sitzungsberichte – Jahrgang 1998, Heft 2
- Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991 (= Studienausgabe 1993) (zitiert: *Jakobs*, AT)
- Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972
- Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996
- Joecks/Jäger* Strafgesetzbuch – Studienkommentar –, 13. Aufl. 2021
- Kindhäuser/Hilgendorf*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2019 (zitiert: LPK)
- Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2019
- Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019
- Kluszczewski*, Strafrecht Besonderer Teil, 2016
- Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016
- Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2019 (zitiert: *Krey/Heinrich*, Strafverfahrensrecht)
- Krey*, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler einschließlich des »Lauschangriffs« zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung, in: BKA Forschungsreihe, Sonderband 1993 (zitiert: *Krey*, Rechtsprobleme)
- Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977 (zitiert: *Krey*, Studien)
- Krey*, Zum Gewaltbegriff im Strafrecht, 1. Teil, in: Bundeskriminalamt in BKA – (Hrsg.), Was ist Gewalt?, Bd. 1, 1986. 2. Teil, in: BKA (Hrsg.), Was ist Gewalt?, Bd. 2, 1988. (zitiert: *Krey*, Zum Gewaltbegriff)
- Krey*, Zur Verweisung auf EWG-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, Verfassungsprobleme der Verweisung auf Gemeinschaftsrecht. Schranken für Blankettstrafgesetze aus Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 Grundgesetz, in: EWR, Schriftenreihe zum europäischen Weinrecht, Heft 2/81, 1981
- Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2021 (zitiert: *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2)
- Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017
- Küper/Zopfs*, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018
- Küpper/Börner*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2017
- Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018 (zitiert: L/Kühl)
- Leipold/Tsambikakis/Zöller*, AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015 (zitiert: AnwK)
- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 9. Aufl. seit 1974 (zitiert: LK⁹)
- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 10. Aufl. seit 1985 (zitiert: LK¹⁰)
- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 11. Aufl. seit 1992 (zitiert: LK¹¹)

- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. seit 2007 (zitiert: LK¹²)
- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch, 13. Aufl. seit 2019 (zitiert: LK¹³)
- Lenckner*, Arzt und Strafrecht, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, 1986, S. 570 - 614
- Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2020 (zitiert: M/R)
- Maurach*, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 1969
- Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 11. Aufl. 2019 (zitiert: M/S/M/H/M)
- Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil Teilband 2, 10. Aufl. 2013 (zitiert: M/S/M)
- Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, 63. Aufl. 2020
- Münchener Kommentar* zum StGB, 2. Aufl. seit 2011 (zitiert: MK²)
- Münchener Kommentar* zum StGB, 3. Aufl. 2019 (zitiert: MK)
- Nomos Kommentar* zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017 (zitiert: NK)
- Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2004 (zitiert: *Otto*, BT)
- Otto (Redaktion)/Krey/Kühl*, Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft, in: *Schwind/Baumann* u. a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt: Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (Gewaltkommission), Bd. II, 1990, S. 857 - 954
- Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002
- Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020
- Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 22. Aufl. 2020
- Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 21. Aufl. 2020
- Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, 1986
- Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, Bd. II, 2003 (zitiert: *Roxin*, AT I bzw. AT II)
- Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019 (zitiert: *Roxin*, TuT)
- Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020
- Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2020 (zitiert: S/S/W)
- Samson*, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988; Strafrecht II, 5. Aufl. 1985
- Schlüchter* (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998
- Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984 (zitiert: *Schmidhäuser*, AT)
- Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983 (zitiert: *Schmidhäuser*)
- Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019 (zitiert: Sch/Sch)

- Schroth*, Strafrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. 2010
- Schwind/Baumann* u.a. (Hrsg.), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt. Analysen und Vorschläge der Unabhängigen Regierungskommission zur Verhinderung und Bekämpfung von Gewalt (*Gewaltkommission*), Bd. I, 1990, Endgutachten
- Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Aufl. 2011
- Systematischer Kommentar* zum StGB, 9. Aufl. 2017 ff. (zitiert: SK)
- Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung, 40. Aufl. 2019
- Wagner*, Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975
- Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969
- Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 50. Aufl. 2020 (zitiert: W/B/S)
- Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Bd., Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 44. Aufl. 2020 (zitiert: W/H/E)
- Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Bd., Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl. 2020 (zitiert: W/H/S)

Straftaten gegen den Einzelnen

§ 1 Straftaten gegen das Leben

(§§ 211 - 213, 216, 222; 221 StGB)

I. Der Mensch als Tatobjekt der Tötungsdelikte

Schutzgut der Tötungsdelikte ist das Leben, Handlungsobjekt ein anderer Mensch. 1
Das Rechtsgut Leben ist nicht disponibel, wie sich aus § 216 StGB ergibt.

1. Beginn des menschlichen Lebens im Strafrecht

Fall 1: – Tötung in der Geburt – 2

Die Hebamme Helena (H) wurde herbeigerufen, um einer Schwangeren bei der Geburt ihres Kindes Hilfe zu leisten. Da die Geburt nach Abgang des Fruchtwassers und Eintritt der Wehen nach Meinung der H nicht zügig genug fortschritt, griff sie zu einer Geburtszange. Diese setzte sie aber derart ungeschickt an, dass sie den Schädel des Kindes verletzte; das Kind erlag seinen Verletzungen kurz nach der Geburt.

Strafbarkeit der H wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB?

Der Fall wirft die Frage nach dem **Beginn** des menschlichen Lebens im Strafrecht auf. Hierfür ist – anders als im bürgerlichen Recht (§ 1 BGB) – nicht die Vollendung, sondern der »Beginn des Geburtsaktes« maßgeblich¹.

Damit ist das Einsetzen des Ausstoßungsversuchs des Mutterleibes, der Beginn der im weiteren Verlauf zur Ausstoßung führenden Wehen gemeint, wobei bereits die Eröffnungswehen genügen². Bei einer Kaiserschnittentbindung ist auf die Öffnung des Uterus abzustellen, wenn sie vor Einsetzen der Eröffnungswehen erfolgt³.

Die Begründung dafür ergab sich vor dem Inkrafttreten des 6. StrRG aus § 217 StGB a.F.: Da diese Vorschrift die Tötung des Kindes **in der Geburt** in gleicher Weise wie die »gleich nach der Geburt« als Tötungsdelikt mit Strafe bedrohte, war ihr zu entnehmen, dass das Gesetz der Leibesfrucht schon während der Geburt Menschlichkeit im strafrechtlichen Sinne zuerkennt. Dies ist auch sachgerecht. Die Leibesfrucht ist nämlich, solange sie noch nicht ein Mensch i.S. des Strafrechts geworden ist, nur gegen vorsätzliche Abtötung geschützt (§ 218 StGB); sie ist aber gerade während der Geburt besonders gefährdet, sodass der Schutz des § 222 StGB (fahrlässige Tötung) sowie der §§ 223 ff. StGB (Körperverletzung) schon mit Beginn des Ge- 3

¹ BGH St 31, 348 (350 f.); 32 (194 ff.); Eisele I, Rn. 40; W/H/E-Engländer, Rn. 7 ff.; AnwK-Mitsch, vor § 211 Rn. 7; a.A. (Vollendung der Geburt) Herzberg/Herzberg, JZ 2001, 1106 ff.

² BGH St 32, 194 ff.; NSTZ 2010, 214; NJW 2021, 645 (Rn. 20); Eisele I, Rn. 40; Kühl, JA 2009, 321 ff.; a.A. (Beginn der Presswehen) NK-Neumann, vor § 211 Rn. 6 ff.

³ BGH, NJW 2021, 645 (Rn. 22 ff.); Fischer, vor § 211 Rn. 5 f.; Rengier II, 3/3; a.A. (Öffnung der Bauchdecke) M/R-Safferling, § 212 Rn. 10; MK-Schneider, vor § 211, Rn. 12.

burtsaktes einsetzen muss⁴. Diese **Auslegung** der §§ 211 ff., 223 ff. StGB hat, was den Beginn des menschlichen Lebens angeht, seit langem gewohnheitsrechtlichen Rang; die Aufhebung des § 217 StGB durch das 6. StrRG wollte und konnte an jener Auslegung nichts ändern⁵.

- 4 Maßgeblich für die **Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits und der Tötungsdelikte andererseits** ist der Zeitpunkt, zu dem der Täter die auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtete Handlung auf das Opfer vornimmt. Wirkt der Täter bereits vor Beginn des Geburtsaktes auf die Leibesfrucht ein, so ist er wegen eines Schwangerschaftsabbruchs, nicht wegen eines Tötungsdeliktes zu bestrafen, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg, der Tod des Kindes, – ohne weitere Handlungen – erst nach dessen Geburt eintritt⁶.

Da die Geburt bereits begonnen hatte, als H das Kind mit der Zange verletzte, war es schon taugliches Objekt eines Tötungsdeliktes. Sie hat daher eine fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) begangen.

- 5 *Ergänzender Hinweis zur Garantenstellung der Schwangeren:*

Die schwangere Frau ist vom Einsetzen der Geburtswehen an verpflichtet, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten⁷. Die Inanspruchnahme (ggf. ärztlicher) Hilfe wird immer dann erforderlich sein, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.

- 6 **Fall 2:** – *Lebensunfähiges Frühgeborenes als Mensch?* –

Lydia (L), die im fünften Monat schwanger war, wollte ihre Leibesfrucht abtreiben. Sie öffnete sich mit einer Stricknadel die Fruchtblase; bald darauf kam es zum Ausstoß eines lebenden, aber lebensunfähigen Frühgeborenen. Als L sah, dass das Kind lebte, erstickte sie es mit einem Kissen.

Strafbarkeit der L?

a) § 212 StGB

L könnte sich wegen Totschlags, § 212 StGB, strafbar gemacht haben. Dann müsste das Frühgeborene, als sie es »gleich nach der Geburt« tötete, bereits ein Mensch i.S. des Strafrechts gewesen sein.

Einem lebensunfähigen Frühgeborenen kann Menschqualität zukommen; das ist der Fall, wenn es unabhängig vom Organismus der Mutter in menschlicher Weise lebt, sei es auch nur für kurze Zeit⁸. Für die Annahme eines Menschen genügt also das

⁴ W/H/E-Engländer, Rn. 8; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211 Rn. 13.

⁵ Rengier II, 3/3; im Ergebnis ebenso: BGH, NStZ 2008, 393 (394); Hirsch, FS-Eser, 2005, S. 309 ff.; siehe auch Küper, GA 2001, 515 (529) m.w.N.; gewisse Zweifel bei Fischer, vor § 211 Rn. 6.

⁶ BGH, NStZ 2008, 393 (394 f.); ob an dem in früheren Entscheidungen – BGH St 13, 21 (24); 31, 348 (352) – aufgestellten Erfordernis eines »alsbaldigen« Todesintritts des lebend geborenen Kindes festzuhalten sei, lässt der Senat im Übrigen offen.

⁷ BGH, NStZ 2010, 214.

⁸ BGH St 10, 291 (292); Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211 Rn. 14; M/S/M/H/M-Hoyer, 1/10, 11.

Vorliegen menschlichen Lebens, während es auf die **Lebensfähigkeit** nicht ankommt; für ein Frühgeborenes gilt dies nicht anders als für einen sterbenden Greis oder einen Schwerverletzten, der nicht mehr lange leben wird⁹. Da Tötung (grundsätzlich) auch die Abkürzung eines ohnehin todgeweihten Lebens ist¹⁰, hat L einen Totschlag begangen.

b) § 218 StGB

Es fragt sich, ob zudem der Tatbestand eines Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 StGB erfüllt ist. Die »Abtötung einer Leibesfrucht« kann nach h.A. auch dadurch erfolgen, dass die Frühgeburt eines lebenden Kindes herbeigeführt wird, dieses aber bald nach der Geburt stirbt, weil es noch nicht voll ausgetragen ist¹¹ (vgl. Rn. 4). Dem soll nach Ansicht des BGH der Fall gleichzusetzen sein, dass ein lebendes, aber lebensunfähiges Frühgeborenes vorsätzlich getötet wird: In einem Fall wie dem vorliegenden sei – in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) mit dem Tötungsdelikt – ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch anzunehmen¹².

M.E. ist hier neben § 212 StGB keine vollendete, sondern lediglich eine **versuchte** Abtreibung gegeben¹³, die für die Mutter gemäß § 218 IV 2 StGB straflos bleibt. Fraglich ist schon, ob der objektive Tatbestand des § 218 I, III StGB vorliegt. Zwar war die Abtreibungshandlung *conditio sine qua non*, also kausal für den Tod des Kindes. Bedenkenswert erscheint aber, ob nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzbereichs der Norm¹⁴ § 218 StGB entfällt, wenn der Tod der Leibesfrucht nicht unmittelbar auf die Abtreibungshandlung zurückzuführen ist, sondern auf eine vorsätzliche Tötungshandlung i.S. der §§ 211, 212 StGB. Zumindest scheidet ein vollendetes Vergehen nach § 218 I, III StGB hier aber unter dem Gesichtspunkt der »wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf«¹⁵ nach § 16 I StGB aus¹⁶.

2. Todeszeitpunkt

Fall 3: – Organentnahme –

Michael Müller (M) erlitt mit seinem Motorrad einen Unfall und wurde mit schweren Kopfverletzungen in die Universitätsklinik eingeliefert. Dort ließ ihn Professor Schmidt (S) an einen Respirator (Gerät zur künstlichen Beatmung) anschließen und entnahm ihm, nachdem die Hirnströme versiegt und im Elektroencephalogramm (EEG) die Nulllinie eingetreten war, das Herz; dieses wurde einem geeigneten Patienten eingepflanzt.

Hat S den M durch die Herzentnahme getötet?

⁹ Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211 Rn. 14; M/S/M/H/M-Hoyer, 1/10, 11; Jäger, BT, Rn. 4; NK-Merkel, § 218 Rn. 80 f.

¹⁰ Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211 Rn. 14; Krey/Esner, AT, Rn. 308; Küper, JuS 1981, 785 ff. – Siehe auch unten, Fall 3. –

¹¹ BGH St 10, 5; 10, 291 (293); 31, 348 (351 f.); NStZ 2008, 393 (394).

¹² BGH St 10, 293; ebenso. LK¹²-Rissing-van Saan/Zimmermann, § 212 Rn. 81.

¹³ Sch/Sch-Eser/Weißer, § 218 Rn. 24; W/H/E-Engländer, Rn. 12; M/S/M/H/M-Hoyer, 6/28; LK¹²-Kröger, § 218 Rn. 13; SK-Rogall, § 218 Rn. 14.

¹⁴ Rudolphi, JuS 1969, 549 ff.; Sax, JZ 1976, 9 ff., 80 ff., 429 ff.

¹⁵ Vgl. Krey/Esner, AT, Rn. 425 ff.; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn. 55.

¹⁶ Ähnl. L/Kühl-Kühl, § 218 Rn. 4.

Es fragt sich, wann das menschliche Leben endet.

Der Todeseintritt wurde früher mit dem »irreversiblen, endgültigen Stillstand von Kreislauf und Atmung« angenommen¹⁷. Obwohl bekannt war, dass der Tod kein abruptes Ereignis, sondern ein fortschreitender Prozess ist, in dem die Lebensfunktionen nacheinander erlöschen und Zelle auf Zelle, Organ auf Organ absterben¹⁸, bot sich dieser Zeitpunkt unter pragmatischen Gesichtspunkten an: Er bezeichnete den Beginn der therapeutisch nicht mehr aufhaltbaren Absterbeautomatik¹⁹, denn nach dem endgültigen Ausfall von Kreislauf und Atmung mussten infolge fehlender Sauerstoffversorgung die Zellen des Körpers sukzessive sterben.

- 10** Diese »klassische« Todesdefinition geriet durch den medizinischen Fortschritt, der zur apparativen Ersetzbarkeit der Spontanfunktion von Kreislauf und Atmung führte (Respiratoren), ins Wanken. Die h.M. stellt heute, im Anschluss an die neue Todesdefinition der medizinischen Wissenschaft, auf den **Hirntod** ab: Mit dem irreversiblen Erlöschen der Hirntätigkeit soll der Todeseintritt anzunehmen sein²⁰.

Dabei ist nach herrschender und zutreffender Ansicht der irreversible Ausfall des **Gesamthirns** erforderlich, während das Absterben des Großhirns noch nicht genügt²¹. Demgemäß stellt § 3 II Nr. 2 Transplantationsgesetz²² überzeugend auf den »endgültigen, nicht behebbaren Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen«, ab. Der Nachweis des Gehirntodes soll dabei im Wesentlichen mit dem Auftreten der Nulllinie im EEG erbracht sein. Als sichere – aber bedenkliche – Möglichkeit der Hirntodfeststellung wird zudem der »angiographische Nachweis des intercraniellen Kreislaufstillstandes« (eine röntgenologische Methode) genannt²³.

- 11** Zur **Begründung** der Hirntodthese werden anthropologische (1), therapeutische (2) und utilitaristische Erwägungen (3) geltend gemacht:

(1) Man sagt, ohne das Gehirn mit seiner einzigartigen Bedeutung für die Manifestation des Geistes fehle es an **menschlichem** Leben.

(2) Nach den Erkenntnissen der Medizin ist der Hirntod irreversibel. Nach dem Hirntod ist der Prozess des Absterbens des Gesamtorganismus auch durch Reanimationstechniken nur aufzuschieben, nicht aber zu verhindern²⁴.

¹⁷ Geilen, FS-Heinitz, 1972, S. 375 f.; Gössel, 2/41 ff.

¹⁸ Lüttger, JR 1971, 309 m.w.N.

¹⁹ Geilen, JZ 1971, 41 f.; Schreiber, JZ 1983, 593.

²⁰ Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211, Rn. 18 ff.; Jäger, BT, Rn. 5; HdS 4-Mitsch, § 1 Rn. 10; S/S/W-Momsen, vor §§ 211 ff. Rn. 15; SK-Sinn, § 212 Rn. 6; eingehend: Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Kriterien des Hirntodes. Resolution vom 4.2.1982, JZ 1983, 594 ff. – i.d.F. von 1997, Deutsches Ärzteblatt 1997, B-1032. Bedenken bei Beckmann, NJ 2020, 298 ff.; Geilen, JZ 1971, 41; Höfling, JZ 1995, 26; M/R-Safferling, § 212 Rn. 16 f.

²¹ Fischer, vor § 211 Rn. 15; Isemer/Lilie, MedR 1988, 66 ff.; LK¹²-Rissing-van Saan, vor § 211 Rn. 21; Abw. Horn, Der Internist 1974, 559 f.

²² I.d. der Fassung der Bekanntmachung vom 04.09. 2007 (BGBl. I, 2206), zuletzt geänd. durch Art. 24 des Gesetzes vom 20.11. 2019 (BGBl. I, 1626).

²³ Schreiber, JZ 1983, 593 (594); Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, JZ 1983, 594 ff.

²⁴ Lüttger, JR 1971, 309 ff.; Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, JZ 1983, 594 ff.

(3) Wenn der Hirntod irreversibel ist, das Herz und andere Organe aber bei Verwendung von Reanimationstechniken (für gewisse Zeit) wiederbelebt oder am Leben erhalten werden, stellt sich im Hinblick auf **Organtransplantationen** die Frage, ob ein solches »lebendes Organpräparat« nicht als Organspender sinnvoll verwendet werden kann. Dies zu bejahen gestattet die Hirntodthese²⁵.

Folgt man der h.M., so war M, als S ihm das Herz entnahm, kein Mensch mehr, sondern lediglich ein »lebendes Organpräparat«; danach hat S den M nicht getötet.

II. Verhältnis von Mord und Totschlag (§§ 211, 212; 28 I, II StGB)

Der Tatbestand des **Totschlags** (§ 212 I StGB) besteht in der **vorsätzlichen Tötung eines – anderen – Menschen**, um **Mord** (§ 211 StGB) handelt es sich, wenn – mindestens – ein **Mordmerkmal** hinzutritt. In welchem Verhältnis die beiden Tatbestände zueinander stehen, ist strittig. Relevanz entfaltet dieser Streit insbesondere bei der Beteiligung mehrerer an einem vorsätzlichen Tötungsdelikt. 12

Fall 4: – Anwendbarkeit des § 28 StGB –

Bauer Kreibohm (K) erschoss den Polizisten Werner (W), um ungestört die Scheune seines Nachbarn, mit dem er verfeindet war, anzünden zu können. Die Tatwaffe hatte K von seinem Freund Grimm (G), den er eingeweiht hatte, erhalten, da dieser über W, der ihm vor Wochen eine gebührenpflichtige Verwarnung für falsches Parken erteilt hatte, verärgert war. 13

Strafbarkeit von K und G?

a) Strafbarkeit des K

K hat eine vorsätzliche Tötung begangen, *um eine andere Straftat* (§ 306 I Nr. 1 StGB) zu ermöglichen. Damit ist der Tatbestand des § 211 II StGB erfüllt. Da er rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat er sich wegen Mordes strafbar gemacht.

b) Strafbarkeit des G

G könnte wegen Beihilfe zum Mord strafbar sein. Nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen (vgl. § 27 I StGB) wäre Mordbeihilfe anzunehmen; doch ist zu prüfen, ob die **Akzessorietätslockerung** des § 28 II StGB eingreift, und zwar mit der Folge einer Strafbarkeit des G »nur« wegen **Beihilfe zum Totschlag**:

(1) Herrschende Lehre 14

Für das Verhältnis §§ 211, 212 StGB²⁶ gilt nach h.L. Folgendes: § 212 ist Grunddelikt, § 211 StGB ein qualifizierter Tatbestand. Die Mordmerkmale sind danach also nicht strafbarkeitsbegründend, sondern **strafschärfend**²⁷.

Daher greift § 28 II StGB nach h.L. ein, wenn es sich bei dem von K verwirklichten Mordmerkmal um ein **besonderes persönliches Merkmal** handelt.

²⁵ Geilen, FS-Heinitz, 1972, S. 375 f.; A/W/H/H-Hilgendorf, 2/85; HdS 4-Mitsch, § 1 Rn. 10.

²⁶ Zur Abgrenzung Mord/Totschlag auch als rechtspolitisches Problem: Arzt, ZStW 1971, 1 ff.; Jähnke, MDR 1980, 705 ff.; Köhne, Jura 2011, 741 (742); Otto, ZStW 1971, 39 ff.

²⁷ W/H/E-Engländer, Rn. 25 ff., 92; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, vor § 211, Rn. 3, 5; Krey/Esser, AT, Rn. 1025, 1027; A/W/H/H-Hilgendorf, 2/26 ff., 40; AnwK-Mitsch, § 211 Rn. 2, 85; NK-Puppe, §§ 28, 29 Rn. 30; MK-Schneider, vor § 211, Rn. 189 f.; SK-Sinn, 211 Rn. 2; Ebso. BGH, NJW 2006, 1008 (1013); dazu Gasa/Marlie, ZIS 2006, 200 ff.; Küper, JZ 2006, 608 (612 f.).

- 15 Ein – strafschärfendes (§ 28 II StGB) bzw. strafbarkeitsbegründendes (§ 28 I StGB) – besonderes persönliches Merkmal ist gegeben, wenn es primär täterbezogen ist, d.h. vornehmlich in der Person des Täters liegt. Den Gegensatz bilden die tatbezogenen Merkmale, die in erster Linie der Charakterisierung der Tat dienen²⁸. Danach sind besondere persönliche Merkmale die Mordmerkmale der **1. Gruppe** (»aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen«)²⁹, denn es entspricht »Sprachgebrauch und natürlichem Empfinden«, *niedrige Beweggründe* zu den besonderen persönlichen Merkmalen zu zählen³⁰; die anderen Mordmerkmale der 1. Gruppe sind lediglich Beispiele für einen niedrigen Beweggrund.
- 16 Besondere persönliche Merkmale sind zudem die Mordmerkmale der **3. Gruppe** (»um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken«)³¹. Diese Tatmodalität ist nämlich der Sache nach nichts anderes als ein Fall des Handelns *aus niedrigen Beweggründen*, weil der Täter das Leben eines Mitmenschen als Mittel zur Verdeckung (bzw. Ermöglichung) eigenen strafbaren Tuns einsetzt³².
- 17 Die von K verwirklichte Tatmodalität (»um eine andere Straftat zu ermöglichen«) ist also **täterbezogen**, folglich ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 II StGB. Damit hat bei der Frage, ob G wegen Beihilfe zum Mord oder nur wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar ist, gemäß dieser Vorschrift außer Acht zu bleiben, dass sich K des Mordes und nicht nur des Totschlags schuldig gemacht hat. Das von K verwirklichte besondere persönliche Merkmal Ermöglichungsabsicht »gilt« für G somit nicht. Er ist nach § 28 II StGB nur dann der **Mordbeihilfe** schuldig, wenn in seiner Person ein besonderes persönliches Mordmerkmal vorliegt. G könnte aus einem »sonstigen niedrigen Beweggrund« gehandelt haben. Ein Beweggrund ist niedrig (siehe dazu auch *Rn. 42 - 45, 53*), wenn das Tatmotiv des Täters nach allgemeiner sittlicher Wertung auf niedrigster Stufe steht, »verächtlich« ist³³, was z.B. bei einem sich über alle Maßstäbe hinwegsetzenden Vergeltungsdrang grundsätzlich anzunehmen ist³⁴. Nach der h.L. über das Verhältnis der §§ 211/212 StGB ist G also der Mordbeihilfe schuldig, und zwar nicht wegen der

²⁸ BGH St 22, 375 (378); 23, 103 (105); 25, 287 (290); Krey/Esser, AT, Rn. 1016 - 1020; Sch/Sch-Heine/Weißer, § 28 Rn. 10 ff., 15, 17; Kühl/Hinderer, JuS 2010, 697 (698); L/Kühl-Kühl, § 28 Rn. 3 ff. Abl. u.a.: NK-Puppe, §§ 28, 29, Rn. 16; Roxin, AT II, § 27 Rn. 23 ff.

²⁹ BGH St 22, 375 (378); 25, 287 (290); NStZ 2009, 627; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 49; Fischer, § 211 Rn. 90, 92; A/W/H/H-Hilgendorf, 2/29, 54 ff.; M/S/M/H/M-Hoyer, 2/51; Jäger, BT, Rn. 10; Kühl, JA 2009, 566 ff.

³⁰ BGH St 22, 375 (378); vgl. ergänzend Krey/Esser, AT, Rn. 1017.

³¹ BGH St 23, 39 (40); 25, 287 (290); Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 49; Fischer, § 211 Rn. 90, 92; A/W/H/H-Hilgendorf, 2/29, 54 ff.; M/S/M/H/M-Hoyer, 2/51; Lotz, JuS 2010, 982 (985).

³² BGH St 23, 39 (40); W/H/E-Engländer, Rn. 73; LK¹²-Rissing-van Saan/Zimmermann, § 211 Rn. 3; SK-Sinn, § 211 Rn. 66, 75. Vgl. auch BGH St 35, 116 (121 f., 126 f.).

– Zur Frage, ob § 211 StGB trotz Vorliegens eines Mordmerkmals der 3. Gruppe entfällt, wenn es »ausnahmsweise nicht die Kriterien eines niedrigen Beweggrundes erfüllt«, siehe unten, *Rn. 84*. –

³³ BGH St 3, 132 f.; 42, 226; 47, 128; NStZ 1984, 261 f.; NStZ 1993, 341 f.; NStZ 2008, 29; NStZ 2019, 204 (205); NStZ 2019, 206, (207); Fischer, § 211 Rn. 14a.

³⁴ BGH, NJW 1958, 189; NStZ 1995, 181 f. (Zorn, Wut).

Ermöglichungsabsicht des K, sondern wegen seines eigenen niedrigen Beweggrundes. Hätte G dem K die Waffe lediglich als »Freundschaftsdienst« verschafft, hätte er sich nur wegen Beihilfe zum Totschlag strafbar gemacht.

Manche Autoren halten die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe für **Schuldmerkmale**, sodass § 29 StGB einschlägig sei³⁵. Anders sieht es die h.L., die – wie dargelegt – auf § 28 II StGB rekurriert³⁶. Ihr ist aus den folgenden Gründen zuzustimmen: Die systematische Stellung des § 29 StGB und seine ratio sprechen für die These, diese Vorschrift erfasse lediglich die Schuldaußschließungs-, Entschuldigungs- und Schuld minderungsgründe des Allgemeinen Teils des Strafrechts³⁷. Zudem begründen alle Mordmerkmale, auch die der 1. und 3. Gruppe, nicht nur erhöhte Schuld, sondern gegenüber dem Totschlag **erhöhtes Unrecht**; beim Handeln aus niedrigen Beweggründen bzw. um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken geht es also um »tatbestandliches Unrecht«³⁸.

In der Fallbearbeitung ist auf diese Auffassung nicht einzugehen.

(2) Rechtsprechung

Anders als die h.L. betrachtet der BGH in ständiger Rechtsprechung § 211 und § 212 StGB als zwei selbstständige Tatbestände (*delicti sui generis*), die Mordmerkmale sind demnach **strafbarkeitsbegründende** Tatumstände³⁹. Die Akzessorietätslockerung nach § 28 II StGB wäre danach für das Verhältnis §§ 211/212 nicht einschlägig. Da G Vorsatz bezüglich des Mordmerkmals des K hatte, läge nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen (§ 27 II StGB) Beihilfe zum Mord vor.

Nach Ansicht des BGH ist also bei der Mordteilnahme die Regelung des § 28 I StGB (obligatorische Strafmilderung) einschlägig: Die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe seien »**strafbarkeitsbegründende** besondere persönliche Merkmale« i.S. dieser Vorschrift⁴⁰. Die von K verwirklichte Mordmodalität (um eine andere Straftat zu ermöglichen) wäre danach ein strafbarkeitsbegründendes besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 I StGB. Da dieses bei G nicht vorliegt, scheint ihm die obligatorische Strafmilderung dieser Norm zugute zu kommen. Bei ihm ist jedoch – wie dargelegt – ein niedriger Beweggrund gegeben. Aus dem Umstand, dass die Mordmerkmale der 3. Gruppe nur Unterfälle des Handelns aus niedrigen Beweggründen sind, zieht der BGH die Konsequenz: § 28 I StGB sei *unanwendbar, wenn beim Täter ein Mordmerkmal der 3., beim Gehilfen eines der 1. Gruppe (oder umgekehrt) vorliegt*⁴¹ (sogenannte »**gekreuzte Mordmerkmale**«).

³⁵ So u.a.: Schmidhäuser, AT 14/89 mit Fn. 29; Jescheck/Weigend, AT, § 42 II 3, III 2, § 61 VII 4 c.

³⁶ Küpper/Börner, 1/79; Krey/Esser, AT, Rn. 1015 ff., 1020, 1025, 1026, 1029; SK-Hoyer, § 28 Rn. 7 ff.; M/S/M/H/M-Hoyer, 2/50, 51; L/Kühl-Kühl, § 211 Rn. 16; S/S/W-Momsen, § 211 Rn. 87.

³⁷ SK-Hoyer, § 28 Rn. 7 - 14; Joecks/Jäger, § 29 Rn. 1 f.; Schünemann, Jura 1980, 363.

³⁸ BGH St 1, 368 (371), 49, 65; Krey/Esser, AT, Rn. 375; LK¹²-Rissing-van Saan, vor § 211 Rn. 150.

³⁹ BGH St 22, 375 (377); 24, 106 (107 f.); 50, 1 (5). Offen gelassen in BGH St 36, 231 (233 ff.) (= JZ 1990, 96 f. m. Anm. Timpe), wo der BGH angenommen hat, Mord und Totschlag könnten in Mittäterschaft begangen werden.

⁴⁰ Vgl. BGH St 23, 39 (40).

⁴¹ BGH St 23, 39 (40). Gegen eine solche Kreuzung von Mordmerkmalen Arzt, JZ 1973, 681 (682 ff., 686 f.); SK-Sinn, § 211 Rn. 37. Für die Falllösung dargestellt: Lotz, JuS 2010, 982 (983).

21 (3) Hinweise zur Falllösung

Die Bewältigung dieser Problematik in der Falllösung gehört zu den anspruchsvollsten Aufgaben in strafrechtlichen Gutachten. Sie hängt zum einen davon ab, ob die Auffassungen im konkreten Fall zu abweichenden Ergebnissen gelangen. Zum anderen existieren für das »gutachtentechnische« Vorgehen verschiedene Vorschläge⁴².

Eine Stellungnahme zum Problem des Verhältnisses von §§ 211/212 StGB ist in unserem Fall 4 für die Falllösung entbehrlich, wenn man mit dem *BGH* annimmt, dass die Prämisse, die Mordmerkmale seien **strafbarkeitsbegründend**, bei besonderen persönlichen Merkmalen (1. und 3. Gruppe) zur Anwendbarkeit des § 28 I StGB führt und zudem die dargelegte »Kreuzung von Mordmerkmalen« sachgerecht ist⁴³. Dann führen der Standpunkt der Lehre – die Mordmerkmale seien strafschärfend – und die abweichende Meinung des *BGH* hier zu demselben Ergebnis, zur Strafbarkeit des G aus §§ 211, 27 StGB. Bei Prüfung der Haupttat im Rahmen der Beihilfe-straftbarkeit ist festzustellen, dass nach der h.L. unter Anwendung des § 28 II StGB der Mord aus niedrigen Beweggründen die Haupttat ist, nach der Rechtsprechung der Mord in Ermöglicungsabsicht, weil § 28 I StGB lediglich für die Strafzumessung bei G relevant ist. Nach beiden Auffassungen ist § 211 StGB für G die Haupttat. Im Rahmen der Strafzumessung ist festzustellen, dass eine Strafmilderung nach § 28 I StGB ausscheidet, weil gekreuzte Mordmerkmale vorliegen.

- 22 Anders liegt es, wenn die divergierenden Meinungen von h.L. und Rechtsprechung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Das ist zum einen der Fall, wenn der Haupttäter, nicht aber der Teilnehmer ein besonderes persönliches Mordmerkmal aufweist. Nach der Rechtsprechung wäre § 211 StGB die Haupttat, sodass der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zu Mord strafbar, seine Strafe lediglich nach § 28 I StGB zu mildern wäre. Nach h.L. wäre der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag – Anwendung des § 28 II StGB – zu bestrafen.
- 23 Zum anderen tritt eine Ergebnisdivergenz auf, wenn nur der Teilnehmer ein besonderes persönliches Mordmerkmal verwirklicht. Nach der Rechtsprechung wäre der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag, nach h.L. zum Mord – das besondere persönliche Merkmal »gilt« gemäß § 28 II StGB für ihn – strafbar.
- 24 Vorzugswürdig ist, die Problematik im Rahmen der Prüfung des objektiven Tatbestandes des Teilnehmers bei der »vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat« zu erörtern. Dort sind die Konsequenzen der Auffassungen der Rechtsprechung (Anwendung des § 28 I StGB) und der h.L. (Geltung des § 28 II StGB) zu behandeln.
- 25 Bei einer Ergebnisdivergenz muss der Streit entschieden werden. Zutreffend ist die Sicht der h.L.: Die Ansicht, Mord und Totschlag seien artverschiedene, selbstständige Delikte, mag für das gemeine Recht zugetroffen haben⁴⁴. Sie ist jedoch nach

⁴² Siehe z.B. *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 ff.; *Rengier* II, 5/13; *Steinberg/Blumenthal*, ZJS 2011, 81 (83 ff.).

⁴³ Gegen beides *Arzt*, JZ 1973, 681 (682 ff., 686).

⁴⁴ *W/H/E-Engländer*, Rn. 26; *Welzel*, S. 280. – Zur *Geschichte des Mordparagrafen* vgl. die diesen Titel tragende Arbeit von *Thomas*, Diss. Bochum 1984 –

geltendem Recht verfehlt. Das ergibt sich schon aus der tatbestandlichen Fassung der §§ 211, 212 StGB: Mord ist die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen (= Totschlag), wenn eine der Tatmodalitäten des § 211 II StGB vorliegt, Totschlag die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen, wenn kein Mordmerkmal ein- greift. §§ 211, 212 StGB sind also durch die Fassung des Totschlagstatbestandes aufeinander bezogen. Damit ist die Annahme ihrer Selbstständigkeit unvereinbar⁴⁵.

III. Einzelne Mordmerkmale

Fall 5⁴⁶: – *Heimtücke; gemeingefährliches Mittel; niedriger Beweggrund; Tötungs- 26*
vorsatz –

Ansgar (A) und Bastian (B), die sich zuvor nicht kannten, trafen mit ihren Fahrzeugen an einer Ampel aufeinander und verabredeten durch Gesten sowie »durch das Spiel mit dem Gaspedal« spontan ein illegales Autorennen über den Kurfürstendamm und die Tauentzienstra- ße in Berlin. Als sie gegen 0:30 diese Strecke mit Geschwindigkeiten von bis zu 170 km/h befuhren, herrschte noch ein nicht unerhebliches Verkehrsaufkommen. A und B überquerten elf Kreuzungen, bei denen mehrere Ampeln auf rot geschaltet waren. Im Kreuzungsbereich Tauentzienstraße/Nürnberger Straße kollidierte der von A gesteuerte Audi Q7 mit dem von rechts kommenden Fahrzeug des Walter (W), das bei grün in die Kreuzung eingefahren war. Durch den Aufprall mit einer Geschwindigkeit von mindestens 160-170 km/h wurde das Fahr- zeug des W ca. 70 Meter durch die Luft geschleudert. W wurde so schwer verletzt, dass er noch an der Unfallstelle verstarb. Auf Grund des Zusammenstoßes kollidierten der Audi des A mit dem Mercedes S 500 des B. Beide Autos prallten daraufhin gegen eine aus Granitstein bestehende Hochbeeteinfassung bzw. eine Ampelanlage. Dadurch wurden Fahrzeugteile ab- gerissen, flogen durch die Luft und verteilten sich in einem Radius von 60 bis 70 Metern um den Unfallort. A und B überstanden den Unfall leicht verletzt. Carina (C) befand sich als Beifahrerin im Fahrzeug des B und wurde schwerer verletzt, sodass ein stationärer Kranken- hausaufenthalt erforderlich war. Drei Personen im unmittelbaren Unfallbereich entgingen nur knapp einer Kollision mit Unfallteilen.

Strafbarkeit von A und B wegen Mordes?

a) *Strafbarkeit des A gemäß § 211 StGB*

(1) *Objektiver Tatbestand*

A hat den Tod des W objektiv zurechenbar verursacht, ihn somit getötet.

27

Als objektive Mordmerkmale kommen *Heimtücke* und Verwendung eines *gemein- gefährlichen Mittels* in Betracht.

Die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe des § 211 II StGB bezeichnen bestimmte **Motive** für die Tötung (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier, niedriger Beweggrund) und bestimmte **Zwecke** der Tötung (Ermögli- chungs- oder Verdeckungsabsicht); wegen ihres subjektiven Charakters sind sie im subjektiven Tatbestand zu prüfen. Die **Begehensweisen** der zweiten Gruppe (heim- tückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln) sind dagegen tatbezogen und

⁴⁵ Gerhold, JA 2019, 721 (729); Gössel/Dölling, 1/13; Küper, JZ 1991, 761, 862; ders., JZ 2006, 1157 ff.; Timpe, JZ 1990, 97 (98); Welzel, S. 280.

⁴⁶ Der Sachverhalt ist dem »Kudamm-Raser-Fall« (LG Berlin, NStZ 2017, 471 ff.) nachgebildet. Zu weiteren landgerichtlichen Entscheidungen siehe Gründel, ZJS 2019, 211 f.

deshalb im objektiven Tatbestand zu erörtern, der darauf bezogene Vorsatz ist im subjektiven Tatbestand zu behandeln. –

(a) *Heimtücke*

- 28 Nach h.M. ist eine Tötung heimtückisch, wenn der Täter die **Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausnutzt**⁴⁷. Arglos sei das Opfer, wenn es sich keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht⁴⁸, wehrlos sei es, wenn es dadurch in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist⁴⁹. Dabei komme es auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers »bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs« an⁵⁰. Eine nur latente Angst des Opfers, die auf einer längere Zeit zurückliegenden Aggression und einer feindseligen Atmosphäre beruht, beseitige die Arglosigkeit des Opfers nicht⁵¹. Das gelte auch, wenn der Tötungshandlung eine allein mit Worten geführte Auseinandersetzung vorausgegangen ist, aber »das Opfer dennoch gegenüber einem Angriff auf Leben oder körperliche Unversehrtheit arglos bleibt«⁵². Hat das Opfer aufgrund bestehender Konfliktsituationen oder früherer Bedrohungen dauerhaft Angst um sein Leben bzw. seine körperliche Unversehrtheit, so sei Arglosigkeit und damit Heimtücke erst dann abzulehnen, wenn ein akuter Anlass für die Annahme besteht, der befürchtete schwerwiegende Angriff stehe unmittelbar bevor⁵³. Trotz offenen Angriffs liege Heimtücke vor, wenn der Angriff so überraschend erfolgt, dass Gegenwehr unmöglich ist⁵⁴.

– Zum Korrektiv der **feindseligen Willensrichtung** des Täters siehe Rn. 68. –

- 29 Der BGH hält bei illegalen Kraftfahrzeugrennen eine heimtückische Begehung für möglich, wobei das Ausnutzungsbewusstsein einer »eingehenden Prüfung« bedürfe⁵⁵. Es trifft zu, dass die objektiven Voraussetzungen der Heimtückedefinition gegeben sind, weil ein Teilnehmer am Straßenverkehr – grundsätzlich – auf ein verkehrsgerechtes Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer vertraut, sie also z.B. bei einem Einfahren in einen Kreuzungsbereich die Vorfahrt achten werden⁵⁶. Der bevorrechtigte Verkehrsteilnehmer versieht sich somit keines Angriffs auf sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit, er ist somit arglos. Daraus resultiert seine

⁴⁷ BGH St (GS) 9, 385 (389 f.); NStZ 2009, 501; NStZ 2011, 634; NStZ 2016, 405; Eisele I, Rn. 93 (mit Rn. 104), 50; Kett-Straub, JuS 2007, 515 (517); S/S/W-Momsen, § 211 Rn. 37; LK¹²-Rissing-van Saan/Zimmermann, § 211 Rn. 95 ff.; M/R-Safferling, § 211 Rn. 53; Kindhäuser/Schramm, 2/21.

⁴⁸ BGH St 48, 207 (210); NStZ 2002, 368; S/S/W-Momsen, § 211 Rn. 38.

⁴⁹ BGH, GA 1971, 113; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 24b; zum Erfordernis des Beruhens der Wehr- auf der Arglosigkeit Küper, FS-Beulke, S. 467 ff.

⁵⁰ BGH, NStZ 2002, 368; NStZ 2016, 405; NStZ-RR 2017, 78; Fischer, § 211 Rn. 35a, 37.

⁵¹ BGH, NStZ-RR 2016, 72 (73); NStZ 2018, 45 (46); 97 (98) m. Anm. Schneider; Hecker, JuS 2010, 79.

⁵² BGH St 33, 363 (366).

⁵³ BGH, NStZ 2013, 337 (338).

⁵⁴ BGH, NStZ 2003, 146 (147); NStZ 2016, 340 (341); NStZ-RR 2017, 78; NStZ 2018, 45 (46); m. Anm. Schneider, StraFo 2019, 38 (39).

⁵⁵ BGH, NJW 2018, 1621 (Rn. 33), nicht abgedruckt in BGH St 63, 88. Die Erwägungen des LG Berlin in dem zweiten »Kudamm-Raser-Urteil« beanstandete der BGH, NJW 2020, 2900 (Rn. 54), nicht.

⁵⁶ Gründel, ZJS 2019, 211 (217).

Wehrlosigkeit, da seine Reaktionsmöglichkeiten auf das verkehrswidrige Verhalten eingeschränkt sind.

Das Vorliegen des Ausnutzungsbewusstseins lässt sich ohne vorherige Feststellung des Tötungsvorsatzes kaum beurteilen. Es empfiehlt sich deshalb, es im subjektiven Tatbestand zu erörtern, zumal es sich ohnehin um eine in der Täterpsyche wurzelnde Voraussetzung handelt (dazu Rn. 40). 30

In der *Literatur* wird zum Teil für das Merkmal der Heimtücke (über das Erfordernis des Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit hinaus) ein **verwerflicher Vertrauensbruch** gefordert⁵⁷. Eine besondere Vertrauensbeziehung bestand zwischen A und W nicht, sodass Heimtücke ausscheiden würde. A ging auch nicht – wie für eine heimtückische Begehung zum Teil verlangt wird⁵⁸ – in »**tückisch-verschlagener**« Weise vor. Der Streit müsste folglich in einer Falllösung entschieden werden (zu den Argumenten pro und contra Rn. 88 f.). 31

(b) Gemeingefährliches Mittel

Die Mordmodalität **mit gemeingefährlichen Mitteln** verlangt nach zutreffender Auffassung eine **konkrete**⁵⁹ Gefahr für das **Leben** unbeteiligter Dritter⁶⁰, die darauf beruht, dass der Täter die Wirkung des Mittels im konkreten Fall nicht sicher begrenzen kann⁶¹. Nur eine solche enge Interpretation wird dem Gebot der verfassungskonformen restriktiven Auslegung des Mordtatbestandes gerecht. Notwendig ist deshalb der Einsatz eines Mittels, das in der konkreten Situation eine Mehrzahl von Menschen in Lebensgefahr bringt, und zwar in dem Sinne, dass die konkrete Gefahr besteht, es könnten **kumulativ** mehrere Menschen getötet werden. »Mit einem Schuss aus einer Pistole versucht der Täter auch dann nicht mit gemeingefährlichen Mitteln zu töten, wenn er nicht den Gegner trifft, sondern – was er billigend in Kauf nimmt – einen unbeteiligten Dritten aus einer Vielzahl von Personen.«⁶² Eine solche Tat ist wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit stets besonders verwerflich und ohne Rücksicht darauf als Mord zu bestrafen, ob der Täter etwa »in heftiger Gemütsbewegung« gehandelt hat. 32

Eine solche konkrete Lebensgefahr kann vorliegen, wenn der Täter in Selbstmordabsicht mit hoher Geschwindigkeit ein anderes Fahrzeug rammt und infolge des durch den Aufprall unmittelbar verursachten Unfalls eine unbestimmte Anzahl wei-

⁵⁷ Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 26; Hassemer, JuS 1971, 626 (630); Lange, GS-Schröder, 1978, S. 229, 233; Miehe, JuS 1996, 1000 (1004); Otto, 4/25 ff.; Schaffstein, FS-H. Mayer, 1966, S. 419, 424 ff.; SK-Sinn, § 211 Rn. 44.

⁵⁸ W/H/E-Engländer, Rn. 61; Kluszczewski, Rn. 55; NK-Neumann/Saliger, § 211 Rn. 72; ähnl. Veh, Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986, S. 161 – »heimlich-verschlagenes« Verhalten; Küpper, FS-Kriele, 1997, S. 777 (787) – »hinterhältiges« Verhalten.

⁵⁹ BGH NStZ-RR 2017, 143; Rengier, NStZ 1982, 225 (227); ders., StV 1986, 405 ff.

⁶⁰ Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 29; Mitsch, JuS 1996, 215; NK-Neumann/Saliger, § 211 Rn. 86; M/R-Safferling, § 211 Rn. 61. Nach a.A. sollen Leibesgefahren und eine konkrete Gefährdungseignung genügen, Nachw. u.a. bei: W/H/E-Engländer, Rn. 57; Fischer, § 211 Rn. 59; Küper/Zopfs, Rn. 398.

⁶¹ BGH St 34, 13 (14); 38, 353 (354); Kluszczewski, Rn. 67; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (442); LK¹²-Rissing-van Saan/Zimmermann, § 211 Rn. 142.

⁶² BGH, JZ 1993, 363 f., m. zust. Anm. Rengier.

terer Personen, z.B. die Fahrer und Beifahrer anderer Fahrzeuge, tödliche Verletzungen erleiden können⁶³. Zu Recht stellt der *BGH*⁶⁴ deshalb bei **Steinwürfen von einer Autobahnbrücke** auf die konkreten Umstände ab. Herrscht dichter Verkehr, sodass der durch den Steinwurf verursachte Unfall eine unbestimmte Vielzahl weiterer Verkehrsteilnehmer in Lebensgefahr bringt, so handelt es sich um ein gemeingefährliches Mittel; drohen keine Folgeunfälle, so scheidet dieses Merkmal aus. Bedenklich ist dagegen die vom *BGH* im sog. »Brandflaschen-Fall«⁶⁵ geäußerte Auffassung: »Nach Freisetzung der in ihnen (Brandflaschen, sc.l.) ruhenden Kräfte sind sie in ihrer Wirkung im Allgemeinen nicht mehr beherrschbar und daher geeignet, eine größere Zahl von Menschen an Leib oder Leben zu gefährden, also eine allgemeine Gefahr entstehen zu lassen. Ist diese allgemeine Eignung gegeben, kommt es auf den Umfang des konkreten Gefährdungsbereichs nicht an.«

- 33** Im Übrigen erfordert Mord mit gemeingefährlichen Mitteln den »**Einsatz**« solcher Mittel zur Tötung. Der Täter muss also bei der Gefahrsetzung mit Tötungsvorsatz handeln, sodass es nicht ausreicht, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nur zur Tat ausnutzt⁶⁶.

Beispiel: A hat andere Menschen durch einen fahrlässig gelegten Brand in konkrete Lebensgefahr gebracht. Trotz seiner Garantenstellung, § 13 StGB (Ingerenz = pflichtwidriges gefahr-begründendes vorangegangenes Tun), unternimmt er – mit Tötungsvorsatz (dolus eventualis) – nichts zur Rettung der Gefährdeten. Durch den Brand kommt eine Person zu Tode.

- 34** Eine – von A nicht zu begrenzende – konkrete Gefahr für das Leben Unbeteiligter durch die im weiten Umkreis verteilten Fahrzeugteile bestand, sodass die objektiven Voraussetzungen des gemeingefährlichen Mittels gegeben sind.
- 35** Die subjektive Komponente der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels zur Tötung kann – wie das Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke (*Rn. 30*) – erst nach Feststellung des Tötungsvorsatzes beurteilt werden, sodass die Erwägungen dazu im subjektiven Tatbestand vorzunehmen sind.

(2) Subjektiver Tatbestand

(a) Vorsatz

- 36** A müsste mit Tötungsvorsatz gehandelt haben. Er strebte den Tod des W nicht an und sah ihn nicht als sichere Folge seines Verhaltens vorher, sodass dolus directus 1. und 2. Grades ausscheiden. In Betracht kommt aber dolus eventualis, der von bewusst fahrlässigem Handeln abzugrenzen ist.

Der bedingt vorsätzlich Handelnde erkennt die Möglichkeit der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale (»intellektuelles« Element) und ist mit der Tatbestandsverwirklichung in der Weise einverstanden, dass er sie billigend in Kauf nimmt oder sich wenigstens mit ihr abfindet (»voluntatives« Element)⁶⁷. Bewusste

⁶³ *BGH*, NStZ 2010, 515.

⁶⁴ *BGH*, NStZ-RR 2010, 373 (374), m. Bespr. *Jahn*, JuS 2010, 456 f.

⁶⁵ *BGH*, JZ 1985, 640.

⁶⁶ *BGH*, NStZ 2010, 87 (88).

⁶⁷ *BGH*, NJW 2014, 3382 (3383); NStZ 2017, 277 (279); NStZ 2018, 37 (38); NStZ 2019, 208 (Rn. 6); NStZ 2019, 344 (Rn. 7); *Rengier*, AT, 14/10; *W/B/S-Satzger*, AT, Rn. 331 ff.

Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden ist und ernsthaft – nicht nur vage – darauf vertraut, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintreten werde⁶⁸. Der Vorsatz muss im Zeitpunkt der zum Taterfolg führenden Handlung gegeben sein, d.h., der Täter muss nach Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung, die nach seiner Vorstellung den Erfolg bewirken kann, vornehmen⁶⁹.

Die Prüfung des Vorsatzes erfordert – insbesondere bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten – eine umfassende Würdigung aller objektiven und subjektiven Tatumstände⁷⁰. Der BGH hatte in früheren Entscheidungen des Öfteren auf die »hohe Hemmschwelle gegenüber einer Tötung« Bezug genommen⁷¹ (sog. »**Hemmschwellentheorie**«). Das Gericht hat aber inzwischen klargestellt, dass damit lediglich ein Hinweis auf die erforderliche Beweiswürdigung des Tatrichters (§ 261 StPO) gemeint sei; der Hinweis auf die Hemmschwellentheorie entbehre »somit jedes argumentativen Gewichts«⁷².

Der BGH hat in seiner Revisionsentscheidung gegen das erste »Kudamm-Raser-Urteil« des LG Berlin⁷³, dem unser Fall 5 nachgebildet ist, drei Umstände hervorgehoben: (1) Der Tötungsvorsatz dürfe nicht erst – wovon das LG ausgegangen war – im Zeitpunkt des Einfahrens in den Kreuzungsbereich vorgelegen haben, da die Täter danach keine Handlung, die den tatbestandlichen Erfolg herbeiführte, vorgenommen und keine Möglichkeit zur Vermeidung der Kollision besessen hätten⁷⁴. Konsequenterweise ist deshalb zu fordern, dass der – bedingte – Tötungsvorsatz schon zu Beginn des Renngeschehens gegeben sein muss, da es danach jederzeit zu einer das Leben anderer gefährdenden Situation kommen kann. (2) Die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung ist ein wesentlicher Indikator sowohl für das intellektuelle als auch das voluntative Element des Vorsatzes, allerdings ohne ein allein maßgebliches Kriterium zu sein⁷⁵. (3) Die Eigengefährdung und die Gefährdung von Beifahrern sprechen eher für ein Vertrauen des Fahrers auf einen guten Ausgang; dass der Täter auch den eigenen Tod um des Sieges Willen billigend in Kauf nimmt, liege eher fern, doch gebe es keine Regel, nach der Tötungsvorsatz ausscheide, wenn eine Eigengefährdung mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung einhergeht⁷⁶.

Die aus dem auch für das Leben des A höchstrisikanten Verhalten resultierenden erheblichen Gefahren – sowie die bei solchen Personen vorliegende irrationale Selbstüberschätzung – sprechen in casu zwar eher dafür, dass A darauf vertraute, die Situation zu beherrschen und eine Kollision mit anderen Verkehrsteilnehmern verhin-

⁶⁸ BGH St 57, 183 (186); StV 2015, 300 (301); NStZ 2016, 211 (215).

⁶⁹ Einhellige Meinung; siehe nur BGH St 63, 88 (Rn. 13) m.w.N.

⁷⁰ BGH St 63, 88 (Rn. 19).

⁷¹ Z.B. BGH, StV 1994, 654; NStZ 2009, 210 (211).

⁷² BGH St 57, 183 (Rn. 32, 35), m. Anm. Heghmanns, ZJS 2012, 826 ff.; BGH, NStZ-RR 2018, 371 (372); zu den »Resten der Hemmschwellentheorie« siehe Gründel, ZJS 2019, 211 (215 f.).

⁷³ LG Berlin, NStZ 2017, 471 ff.

⁷⁴ BGH St 63, 88 (Rn. 13).

⁷⁵ BGH St 63, 88 (Rn. 19).

⁷⁶ BGH St 63, 88 (Rn. 21).

dern zu können⁷⁷. Letztlich kann die Gesamtwürdigung der Umstände aber die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes vertretbar erscheinen lassen⁷⁸.

Für die weitere Lösung wird bedingter Tötungsvorsatz unterstellt:

(b) Ausnutzungsbewusstsein

- 40 Nach Auffassung der Rechtsprechung erfordert das »**Ausnutzungsbewusstsein**« bei der Heimtücke nicht die Instrumentalisierung der vom Täter erkannten Arg- und Wehrlosigkeit für die Tatausführung, sondern es genüge, dass er die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat erfasst⁷⁹. Das sei auch möglich, wenn der Täter sich in einer affektiven Erregung oder heftigen Gemütsbewegung befindet, da dies die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt⁸⁰. Das Ausnutzungsbewusstsein darf dadurch aber nicht auf das bloße Erkennen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, also den Vorsatz, reduziert werden, denn sonst würde diese Voraussetzung jegliche Eingrenzungswirkung bei dem Heimtückemerkmale verlieren. Erforderlich ist deshalb, dass sich der Täter wegen der gesteigerten Schutzlosigkeit zur Tötung entschließt⁸¹. Für den Entschluss, ein illegales Autorennen durchzuführen, ist die »Schutzlosigkeit« der anderen Verkehrsteilnehmer ohne jeden Belang, sodass die heimtückische Begehung auch auf der Grundlage der h.M. ausscheidet. Es dürfte im Übrigen mit dem Begriff Heimtücke nicht vereinbar sein, darunter ein mit lautem »Motordröhnen« und quietschenden Reifen verbundenes Verhalten, dem jegliche Heimlichkeit fehlt, zu subsumieren.

(c) Subjektive Komponente der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels

- 41 Strittig ist, ob für die Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels der **zielgerichtete Einsatz** als Tötungsmittel (dolus directus 1. Grades) erforderlich ist⁸² oder es genügt, dass der Täter den Tod anderer lediglich billigend in Kauf nimmt⁸³. Der Wortlaut spricht eher für die erstgenannte Auffassung, da ein Mittel zur Erreichung

⁷⁷ Jäger, JA 2018, 468 (471); Preuß, NZV 2018, 345 (347); Sasse, NJ 2017, 384 (387 ff.); Steinert, SVR 2019, 326 (328 f.); Walter, NJW 2017, 1350 (1351); Zopfs, DAR 2018, 375 (376).

⁷⁸ Der BGH, NJW 2020, 2900 (Rn. 24 ff.), beanstandete die Beweiswürdigung des LG Berlin im zweiten »Kudamm-Raser-Urteil« nicht. Der Vergleich von Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (440 ff.), mit der Situation des »russischen Roulette« überzeugt dagegen nicht, da der »Spieler« weiß, dass der Ausgang von seinem Verhalten und seinen Fähigkeiten unabhängig ist.

⁷⁹ BGH, NStZ-RR 2017, 278 (279); StV 2018, 735; NStZ-RR 2018, 45 (47); NStZ-RR 2018, 345 (346); NStZ-RR 2019, 142; NStZ 2019, 520 (521); ebenso. AnwK-Mitsch, § 211 Rn. 55.

⁸⁰ BGH, NStZ-RR 2010, 175; NStZ 2014, 639: „Spontantität und affektive Erregung sprechen nicht ohne Weiteres gegen ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers“; NStZ 2016, 148 (149); NStZ-RR 2017, 278; NStZ-RR 2019, 142 m. Anm. Drees; NStZ 2019, 520.

⁸¹ Siehe NK-Neumann/Saliger, § 211 Rn. 72.

⁸² So u.a. BGH St 34, 13 f.; NStZ 2010, 87 (88); Eisele I, Rn. 116; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 29.

⁸³ So BGH, NJW 2018, 1621 (Rn. 32), nicht abgedruckt in BGH St 63, 88; NJW 2020, 2900 (Rn. 49 ff.); MK-Schneider, § 211 Rn. 133; Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (443) betrachten den »Einsatz des Pkw mit bedingtem Tötungsvorsatz im Rahmen eines illegalen Rennens geradezu als Lehrbeispiel für die Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels«.

eines Ziels, hier zur Tötung eines Menschen, eingesetzt wird (»Mittel zum Zweck«). Die These, der Tatbestand enthalte »kein Element, das eine zielgerichtete Verwendung voraussetzt«, sondern beschreibe »durch die präpositionelle Zuordnung von Werkzeug und Tat jede Nutzung im Rahmen der Tötungshandlung«⁸⁴, träge zu, wenn das Gesetz die Formulierung »wer mittels eines gemeingefährlichen Werkzeugs einen Menschen tötet« verwenden würde. Die weite Auslegung mag zwar mit dem Wortlaut vereinbar sein, ob sie der Ratio dieses Mordmerkmals entspricht⁸⁵, ist aber zweifelhaft. Sie konterkariert jedenfalls die Bestrebungen nach einer restriktiven Auslegung der Mordmerkmale (dazu unten *Rn. 70 ff.*). Eine den konkreten Folgen angemessene Strafe ermöglicht auch eine Verurteilung wegen Totschlags, indem ggf. ein besonders schwerer Fall nach § 212 II StGB anzunehmen ist, wenn der Unrechts- und Schuldgehalt der Verwerflichkeit des Mordes gleichkommt. Die weite Auslegung würde zudem dazu führen, dass grundsätzlich jede Teilnahme an einem illegalen Kraftfahrzeugrennen – Tötungsvorsatz vorausgesetzt – konsequenterweise als versuchter Mord strafbar wäre. Der Ratio des § 211 StGB entspricht dieses Ergebnis m.E. nicht.

(d) Niedriger Beweggrund

Niedrig ist ein Beweggrund, der **nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht**, verächtlich ist (*Rn. 17*). Handelt der Täter aus einer Mehrheit von Beweggründen heraus und ist ein Motiv aus einem solchen **Motivbündel** niedrig, kommt es auf eine Gesamtwertung an: Ist unter den mehreren Beweggründen der niedrige das leitende Motiv (Hauptmotiv), so liegt Mord vor⁸⁶.

Knüpft der Tötungsentschluss an einen bestimmten – vom Opfer bewirkten – Anlass an, so setzt die Beurteilung des Beweggrundes als niedrig ein »eklatantes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat« voraus⁸⁷. Tatmotive wie Wut, Zorn und Verärgerung sind nur dann als niedrig zu bewerten, wenn sie ihrerseits auf niedriger Gesinnung beruhen⁸⁸. Wer einen anderen aus verschämter Liebe tötet, handelt nicht deshalb ohne Weiteres aus einem verächtlichen, also niedrigem Beweggrund; dies gilt in gleicher Weise für Tötung aus Eifersucht⁸⁹. Vielmehr sind die **Gesamtumstände** der Tat zu berücksichtigen⁹⁰. So handelt etwa regelmäßig aus niedrigem Beweggrund, wer aus bloßer »Wut und Enttäuschung über verweigerten außerehelichen Geschlechtsverkehr« eine Frau tötet⁹¹ oder – ohne dass ihm die Frau einen berech-

⁸⁴ Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (443).

⁸⁵ So Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (443).

⁸⁶ BGH, NJW 1981, 1382; NStZ 1989, 19 f.; NStZ 1997, 81 (»prägendes Motiv«); NStZ 1998, 352 ff.; NStZ 2005, 332 ff.; NStZ 2018, 527; Krey, JuS 1971, 193.

⁸⁷ Fischer, § 211 Rn. 18. BGH, NStZ 2012, 691 (692) hebt hervor, »dass Tatmotive wie Wut, Zorn und Verärgerung, aber auch Eifersucht nur dann als niedrig zu bewerten sind, wenn sie ihrerseits auf niedriger Gesinnung beruhen«.

⁸⁸ BGH, NStZ 2012, 691 (692).

⁸⁹ BGH St 3, 180 (182 f.); NStZ 1984, 261 f.; NStZ 2002, 368.

⁹⁰ BGH St 53, 31 ff.; NStZ 2011, 35; NStZ 2018, 527; NStZ-RR 2018, 76 (77); NStZ 2019, 204 (205); NStZ 2019, 206 (207).

⁹¹ BGH St 2, 60; L/Kühl-Kühl, § 211 Rn. 5a.

tigten oder verständigen Anlass für seine Gefühle gegeben hatte – diese tötet, »weil, wenn schon er sie nicht haben könne, sie auch kein anderer haben solle«⁹². In solchen Fällen liegt eine verachtenswerte, auf der tiefsten Stufe stehende egozentrische Missachtung der Person des Opfers vor.

- 44 Ein niedriger Beweggrund kann auch vorliegen, wenn keine individuelle Abneigung gegen das Opfer besteht oder Täter und Opfer sich nicht kannten⁹³. Zweifelhaft ist es jedoch, die Annahme niedriger Beweggründe lediglich auf eine außergewöhnlich brutale, eklatant menschenverachtende Tatbegehung zu stützen⁹⁴.
- 45 Bei Annahme des Tötungsvorsatzes könnte ein niedriger Beweggrundes bei weiter Auslegung der Voraussetzungen damit begründet werden, dass der Teilnehmer an einem illegalen Autorennen seinen eigenen Geltungsdrang, sein »Imponiergehabe« und seinen »Spaß am Risiko«, über die Interessen der übrigen Verkehrsteilnehmer stellt⁹⁵. Dieses Verhalten dürfte aber den Schweregrad der anderen Mordmerkmale der 1. Gruppe nicht erreichen, sodass ein niedriger Beweggrund abzulehnen ist⁹⁶.

(3) Ergebnis:

- 46 In Fall 5 liegt die Ablehnung des Tötungsvorsatzes wegen der Eigengefährdung des A näher. Letztlich erfordert die Beurteilung des Tötungsvorsatzes bei der Teilnahme an einem illegalen Kraftfahrzeugrennen eine umfassende Würdigung aller Umstände, die nur der Tatrichter vornehmen kann. Wäre Tötungsvorsatz abzulehnen, so wäre A wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) und verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge gemäß § 315d I Nr. 2, II, V StGB (dazu *Rn. 1347*) strafbar. Wird Tötungsvorsatz – vertretbar – angenommen und die weite Auslegung des Mordmerkmals gemeingefährliches Mittel befürwortet (*Rn. 41*), so wäre A des Mordes schuldig, da er rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hätte. Dann stellt sich die Frage nach der Strafbarkeit des B wegen der Beteiligung an dem Rennen:

b) Strafbarkeit des B wegen mittäterschaftlichen Mordes gemäß §§ 211, 25 II StGB

(1) Objektiver Tatbestand

- 47 Die zum Tode des W führende Kollision wurde durch A herbeigeführt. Fraglich ist, ob B diese Tötungshandlung nach Maßgabe des § 25 II StGB „zugerechnet“ werden kann. Durch seine Beteiligung an dem Rennen setzte B jedenfalls eine Ursache für den Tod; denkt man sein Verhalten hinweg, wäre A nicht mit der überhöhten Geschwindigkeit und unter Missachtung der Vorfahrt des W in die Kreuzung eingefahren, sodass es nicht zu dem Zusammenprall gekommen wäre. Ob darin ein auf die Tötung des W gerichtetes arbeitsteiliges Zusammenwirken zu sehen ist, lässt sich erst nach Feststellung des Tötungsvorsatzes des B beurteilen.

⁹² BGH St 3, 180; 22, 12 (13).

⁹³ Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (443).

⁹⁴ So BGH St 60, 52 (55 f.); krit. Grünewald, HRRS 2015, 162 (164 ff.); Bartsch, StV 2015, 717 (719 f.).

⁹⁵ So Kubiciel/Hoven, NStZ 2017, 439 (443); ebso. Gründel, ZJS 2019, 211 (218).

⁹⁶ A.A. BGH, NJW 2020, 2900 (Rn. 58 f.).

Die objektiven Voraussetzungen der Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels liegen – wie bei A – vor. **48**

(2) *Subjektiver Tatbestand*

(a) Für den *Tötungsvorsatz* des B gelten die Ausführungen zum Tötungsvorsatz des A entsprechend (Rn. 36 ff.). **49**

(b) Das Vorliegen eines *gemeinsamen Tatentschlusses* wird nach Auffassung des BGH nicht schon dadurch belegt, dass sich A und B – konkludent – auf die Durchführung eines illegalen Autorennens verständigt hatten, da sich daraus nicht ohne Weiteres der Tatentschluss, »einen anderen durch gemeinschaftliches Verhalten zu töten«, ergebe; erforderlich sei »eine – zumindest konkludente – Erweiterung des gemeinsamen Tatentschlusses«⁹⁷. Unklar ist allerdings, welche Anforderungen, die über die Verabredung eines Verhaltens, das die Tötung anderer umfasst, hinausgehen, damit gemeint sind. Bei der Durchführung eines höchststrikanten illegalen Kraftfahrzeugrennens bestimmt allein der Zufall, ob es zu einem tödlichen Ausgang kommt und wenn dies der Fall ist, welcher Teilnehmer ihn unmittelbar herbeiführt. Würde ein gemeinsamer Tatentschluss verneint, wäre der Teilnehmer, der die Kollision nicht unmittelbar verursacht hat, eines versuchten Mordes schuldig, obwohl auch er den Erfolg objektiv zurechenbar verursacht. Trotz der gemeinsamen Verabredung des als für andere lebensgefährlichen Verhaltens Nebentäterschaft anzunehmen, würde das bewusste und gewollte Zusammenwirken unzutreffend kennzeichnen. Die Bedenken des BGH an einem auf die mittäterschaftliche Tötung eines anderen gerichteten gemeinsamen Tatentschlusses spiegeln wohl eher die Zweifel an dem bedingten Tötungsvorsatz wider. **50**

(c) Die *subjektive Komponente des Einsatzes eines gemeingefährlichen Mittels* wäre gegeben, wenn man bedingten Tötungsvorsatz genügen lässt (Rn. 41, 46). **51**

(3) B wäre wegen mittäterschaftlich begangenen Mordes schuldig, weil auch bei ihm keine Rechtsfertigungs- oder Schuldauusschließungsgründe ersichtlich sind. **52**

Ergänzende Hinweise zum Mordmerkmal »niedriger Beweggrund«: **53**

Weitere Beispiele für Tötung aus niedrigen Beweggründen:

- Tötung eines »völlig unbeteiligten Straßenpassanten aus Wut über das Misslingen einer »Abrechnung« mit einem anderen«⁹⁸;
- Tötung eines dem Täter unbekannten Menschen, »um statt seiner als tot zu gelten, sich damit aus seinen familiären Bindungen zu lösen und »ein neues Leben« zu beginnen«⁹⁹;
- Tötung eines Vollzugsbeamten durch einen Strafgefangenen, der sich durch Flucht aus der JVA »eigensüchtig der Verantwortung für begangenes Unrecht entziehen« will¹⁰⁰;
- Tötung des Ehepartners, um mit einem neuen Partner »ungestört« zusammenzuleben¹⁰¹;

⁹⁷ BGH St 63, 88 (Rn. 28).

⁹⁸ BGH St 47, 128; NStZ 1981, 100 f.

⁹⁹ BGH, NStZ 1985, 454; Kindhäuser/Schramm, 2/18.

¹⁰⁰ BGH bei Holtz, MDR 1987, 279 (280).

¹⁰¹ Fischer, § 211 Rn. 24 m.w.N.

- politisches Attentat auf Repräsentanten eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens¹⁰²;
- terroristischer Anschlag (La Belle-Fall)¹⁰³;
- Tötung aus Rassen-/Ausländerhass¹⁰⁴.

Nach der früheren Rechtsprechung des *BGH* durften bei der Bewertung von Beweggründen als *niedrig* i.S. des § 211 II StGB »die besonderen Anschauungen und Wertvorstellungen, denen die Täter wegen ihrer Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sind, nicht außer Betracht bleiben«¹⁰⁵. Die neuere Judikatur des *BGH* hat diesen Standpunkt aber inzwischen weitgehend preisgegeben¹⁰⁶, und zwar zu Recht: Insbesondere die Fälle von **Blutrache**¹⁰⁷ und die sog. **Ehrenmorde**¹⁰⁸ sind grundsätzlich Mord (niedrige Beweggründe).

54 Fall 6: – Heimtücke bei Tötung von Kleinkindern; tatbezogene Mordmerkmale –

Tanja (T), die mit ihrem Ehemann Martin (M) drei Kinder hatte, brachte nach einem »Seitensprung« ein nichteheliches Kind zur Welt. M verzieh seiner Frau zunächst, erklärte ihr aber später, er wolle sich scheiden lassen. T sah den Grund hierfür in dem nichtehelichen Kind. Da sie an ihrem Ehemann hing und auch wegen der gemeinsamen Kinder ihre Ehe retten wollte, beschloss sie in ihrer Verzweiflung, das Kind zu töten. Sie besorgte sich Gift, das sie dem Brei des Kindes beimischen wollte, damit es das bittere Gift nicht ausspeit. Ihre Mutter, die gerade zu Besuch war, um das Kind zu versorgen, wollte sie unter irgendeinem Vorwand fortschicken. Karin (K), die Schwester der T, der diese von ihrem Vorhaben erzählte, bestärkte T in ihrem Entschluss. Die Tötung des Kindes erfolgte wie geplant.

Strafbarkeit von T und K?

a) Strafbarkeit der T

(1) Objektiver Tatbestand

T hat ihr Kind getötet. Fraglich ist, ob sie heimtückisch handelte.

- 55 Ein Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers scheidet bei der Tötung von Kleinkindern aus, soweit diese nach ihrer Entwicklung noch nicht in der Lage sind, anderen Vertrauen entgegenzubringen¹⁰⁹. Selbst wenn ein Kleinkind schon arglos sein kann, kommt Heimtücke nicht in Frage, soweit die Wehrlosigkeit des Opfers **konstitutionell bedingt** und nicht in erster Linie Folge seiner Arglosigkeit ist¹¹⁰.

¹⁰² Fischer, § 211 Rn. 21; bedenklich *BGH*, NStZ 1993, 341 (342), krit. Brocker, NStZ 1994, 33 f.

¹⁰³ *BGH*, NStZ 2005, 35.

¹⁰⁴ Küpper/Börner, 1/46; Fischer, § 211 Rn. 27; Keiser, ZRP 2010, 46.

¹⁰⁵ *BGH*, JZ 1980, 238 m. Anm. Köhler.

¹⁰⁶ *BGH*, NStZ 2004, 332; JZ 2006, 629 (631); NStZ 2018, 92 (93); NStZ 2019, 206 (207).

¹⁰⁷ Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 ff.; M/R-Safferling, § 211 Rn. 38.

¹⁰⁸ Stage, studere 1/2011, 49 (51 f.); HdS 4-Mitsch, § 1 Rn. 26; Valerius, JZ 2008, 912 ff.; zur Entwicklung in der Türkei Pohlreich, ZIS 2011, 734 ff.

¹⁰⁹ *BGH* St 8, 216 (218); M/S/M/H/M-Hoyer, 2/44; Kett-Straub, JuS 2007, 515, (520); diff. A/W/H/H-Hilgendorf, 2/47: Heimtücke bei Garantenstellung des Täters gegenüber dem Opfer.

¹¹⁰ *BGH*, NJW 1978, 709; Kett-Straub, JuS 2007, 515 (520). Streitstand auch bei Kaspar, JA 2007, 699 (700). Sehr zweifelhaft *BGH*, NStZ 1995, 230 f.: Ein 3-jähriges Kind könne schon arg- und wehrlos sein; zust. u.a.: W/H/E-Engländer, Rn. 63; Kindhäuser/Schramm, 2/23. Zutreffend *BGH*, NStZ 2006, 338 (339), keine Arglosigkeit bei einem Kleinkind von einem Jahr und neun Monaten.

T hatte allerdings tückisch den natürlichen Abwehrinstinkt des Kindes ausgeschaltet, indem sie das bittere Gift in den süßen Brei mischte. In einem solchen Fall hat der *BGH* heimtückische Tötung angenommen¹¹¹.

Ob dem gefolgt werden kann, erscheint zweifelhaft¹¹²: Zwar hätte sich das Opfer 56 ohne das Verhalten der T durch instinktives Ausspeien des Giftes helfen können. Voraussetzung für die Annahme einer Ausnutzung der Arglosigkeit des Kindes ist aber, dass es entwicklungsmäßig schon in der Lage ist, dem Täter Vertrauen entgegenzubringen. T hat nicht Vertrauen missbraucht, sondern nur die Natur überlistet.

Indes liegt Heimtücke jedenfalls unter einem anderen Gesichtspunkt vor: T hat die 57 **Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten** – ihrer Mutter – ausgenutzt; dadurch war das Opfer wehrlos. Schutzbereiter Dritter ist, »wer den Schutz vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut«¹¹³. Für die heimtückische Begehung ist die Ausnutzung der Arglosigkeit einer solchen »Schutzperson« und der daraus resultierenden Wehrlosigkeit des Opfers ausreichend¹¹⁴. Erforderlich ist in einem solchen Fall zwar nicht, dass der potentiell schutzbereite Dritte »zugegen« ist, er muss aber den Schutz wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe zum Aufenthaltsort des Kleinkindes notwendig ist; ein Verlassen der Wohnung bspw. für einen Arztbesuch ist hiervon nicht mehr erfasst, sodass das Mordmerkmal der Heimtücke ausscheidet¹¹⁵. Die Tötung eines Patienten durch Manipulation medizinischer Geräte auf der Intensivstation, während die für die Betreuung zuständige Krankenschwester bzw. sonstige anwesende Pfleger gerade anderweitig beschäftigt sind, erfüllt dagegen das Ausnutzen der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten¹¹⁶.

Der von der h.L. für Heimtücke geforderte verwerfliche Vertrauensbruch (vgl. 58 *Rn. 31*), ist erfüllt: Bei der Tötung von Opfern, die nach ihrer Entwicklung (noch) nicht in der Lage sind, anderen Vertrauen entgegenzubringen, liegt ein verwerflicher **Vertrauensbruch** dann vor, wenn der Täter bei der Tat das ihm von einer **Schutzperson** entgegengebrachte Vertrauen missbraucht, was hier der Fall ist.

(2) Subjektiver Tatbestand

T handelte mit Tötungs- und Heimtückevorsatz. Das Motiv, für sich und ihre ehelichen Kinder ihre Ehe zu retten, steht nicht nach allgemeiner sittlicher Wertung auf 59 tiefster Stufe, ist nicht verächtlich, sodass **kein niedriger Beweggrund** vorliegt.

¹¹¹ *BGH* St 8, 216 (218); ebenso. *BGH* bei *Dallinger*, MDR 1973, 901; zust.: *Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben*, § 211 Rn. 25c; *Fischer*, § 211 Rn. 43; *Jäger*, BT, Rn. 36; *M/R-Safferling*, § 211 Rn. 44.

¹¹² Bedenken auch bei: *BVerfG* E 45, 187 (266 f.); *NK-Neumann/Saliger*, § 211 Rn. 58; *Kindhäuser/Schramm*, 2/23; *Rengier* II, 4/28.

¹¹³ *BGH*, StV 2009, 524; *NStZ* 2013, 158 (159); *NStZ-RR* 2020, 313 (314).

¹¹⁴ *BGH* St 8, 216 (219); 32, 382 (387); *NStZ* 2006, 338 (339 a.E.); *Eisele* I, Rn. 96; *HdS 4-Mitsch*, § 1 Rn. 31; *ders.*, *JuS* 2013, 783 ff.; *NK-Neumann/Saliger*, § 211 Rn. 59; ebenso. bei Tötung eines bewusstlosen Koma-Patienten *BGH*, *NStZ* 2008, 93; *BGH*, StV 2009, 524; *Kaspar*, *JA* 2007, 699 (700).

¹¹⁵ *BGH*, *NStZ* 2015, 215 f. m. Anm. *Hecker*, *JuS* 2015, 370.

¹¹⁶ *BGH*, *NStZ* 2008, 93 (94).

b) Strafbarkeit der K

- 60** Anstiftung durch K scheidet aus, da T zu ihrer Tat schon fest entschlossen war (sog. omnimodo facturus)¹¹⁷. Doch ist psychische Beihilfe gegeben¹¹⁸. Nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen (§ 27 I StGB) wäre **Mordbeihilfe** anzunehmen; jedoch könnte die Akzessorietätslockerung des § 28 II StGB eingreifen:
- 61** (1) Wie dargelegt, sind die Mordmodalitäten nach h.L. strafscharfend (*Fall 4*). Damit stellt sich die Frage, ob Heimtücke ein täterbezogenes, also ein besonderes persönliches (§ 28 II StGB) oder ein tatbezogenes Mordmerkmal ist. Nach h.M. ist die Heimtücke ein **tatbezogenes**, also kein besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 II (bzw. § 28 I) StGB¹¹⁹. Dem ist zu folgen, denn Heimtücke ist jedenfalls nicht in erster Linie ein in der Person des Täters liegender Umstand, sondern kennzeichnet primär die Ausführung der Tat¹²⁰: Die Mordmodalität der Heimtücke ist weniger durch die verwerfliche Gesinnung des Täters als durch die **Gefährlichkeit** der Tat gekennzeichnet. Dies gilt auch dann, wenn man mit der h.L. für diese Mordmodalität zusätzlich zur Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers einen verwerflichen Vertrauensbruch fordert¹²¹.
- 62** Tatbezogen sind im Übrigen auch die anderen Mordmerkmale der **2. Gruppe** (»grausam«; »mit gemeingefährlichen Mitteln«)¹²². Dies ist für die Modalität »mit gemeingefährlichen Mitteln« unproblematisch, es gilt aber auch für das Merkmal grausam. Grausam ist nämlich eine Tötung, die »schwere Leiden körperlicher und seelischer Art hervorruft ... und außerdem einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung entspringt«¹²³. Die grausame Begehungsweise ist damit zwar zugleich tat- und täterbezogen; schon nach der ratio legis (Schutz des Opfers vor besonderen Qualen) dominiert aber der tatbezogene Charakter dieser Mordmodalität. § 28 II StGB ist hier also unanwendbar, und K, deren Vorsatz die Begehungsweise der Tat (Heimtücke) umfasste, hat sich der Mordbeihilfe schuldig gemacht.
- 63** (2) Zu demselben Ergebnis kommt, wer mit dem *BGH* die Akzessorietätslockerung in § 28 II StGB im Verhältnis §§ 211/212 StGB von vornherein verneint (*Rn. 19 f.*). Danach ist der Teilnehmer an einer vorsätzlichen Tötung stets der Mordteilnahme

¹¹⁷ Dazu m.w.N. Krey/Esser, AT, Rn. 1042 f.

¹¹⁸ Zur psychischen Beihilfe siehe m.w.N. Krey/Esser, AT, Rn. 1072 ff.

¹¹⁹ *BGH* St 23, 103 (105); 25, 287 (289); Krey/Esser, AT, Rn. 1016, 1018 f.; Fischer, § 211 Rn. 91; L/Kühl-Kühl, § 211 Rn. 16; SK-Sinn, § 211 Rn. 49. Abw. u.a.: Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 49; Roxin, AT II, § 27 Rn. 76.

¹²⁰ *BGH* St 23, 103 (105); 30, 105 (116 f.) – GS –; *BGH*, NJW 1974, 1005.

¹²¹ Ebso. SK-Sinn, § 211 Rn. 44 i.V.m. Rn. 48 f.; a.A. aber u.a.: Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 49; Herzberg, ZStW 1976, 107 f.; Schünemann, Jura 1980, 568 (578 f.).

¹²² *BGH* St 24, 106, (108); Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 49; Fischer, § 211 Rn. 91; A/W/H/Hilgendorf, 2/43, 51, 52; L/Kühl-Kühl, § 211 Rn. 16; SK-Sinn, § 211 Rn. 58, 64. Abw. – für das Mordmerkmal grausam – Herzberg, ZStW 1976, 107 f.; Roxin, AT II, § 27 Rn. 76, Schünemann, Jura 1980, 568 (578 f.); die grausame Begehung sei tatbezogen.

¹²³ *BGH* St 3, 180; 264; NStZ 1986, 265; NStZ 2008, 29, m. Anm. Schneider; W/H/E-Engländer, Rn. 56; L/Kühl-Kühl, § 211 Rn. 10; HdS 4-Mitsch, § 1 Rn. 34; Rengier II, 4/44; str. Zu den tatsächlichen Voraussetzungen einer grausamen Tötung, wenn ein Kleinkind nach grober Vernachlässigung durch die Eltern verhungert und verdurstet, siehe *BGH*, NStZ-RR 2009, 173.

schuldig, wenn der Täter einen Mord begeht und der Teilnehmer bezüglich des von jenem erfüllten Mordmerkmals vorsätzlich handelt.

In einem solchen Fall ist nach Ansicht des *BGH* nur noch zu prüfen, ob zugunsten des Mordteilnehmers § 28 I StGB eingreift (*Rn. 20*), was jedoch nur bei den besonderen persönlichen Mordmerkmalen (1. und 3. Gruppe des § 211 II StGB) in Betracht kommt.

(3) *Ergebnis*: K ist strafbar nach §§ 211, 27 StGB.

Fall 7: – Heimtücke bei Tötung Schlafender/Bewusstloser; feindselige Willensrichtung – 64

Felix (F) hatte durch berufliche Misserfolge, Unterschlagungen und seine Spielsucht erhebliche Schulden angehäuft. Der Mietvertrag der Wohnung war bereits gekündigt und eine Stromsperrung zu erwarten. Seine Ehefrau Anna (A), die zwar gesundheitlich erheblich beeinträchtigt, aber zu autonomen Willensentscheidungen in der Lage war, hatte er über die prekäre finanzielle Situation nicht in Kenntnis gesetzt. Um A ein Leben im finanziellen Ruin zu ersparen, erschlug er seine schlafende Ehefrau mit mehreren wuchtigen Hammerschlägen. Nach der Tat unternahm F unter Verwendung eines Blutdruckmittels und freiverkäuflicher Schlaftabletten zwei erfolglose Selbsttötungsversuche. Zwei Tage nach der Tat rief er bei der Polizei an und teilte ihr mit, dass er seine Frau erschlagen habe.

Strafbarkeit des F wegen Heimtückemordes?

(1) Nach der Rechtsprechung soll bei der Tötung **Schlafender** grundsätzlich Heimtücke vorliegen¹²⁴; anders demgegenüber bei der Tötung **Bewusstloser**¹²⁵. Der Schlafende sei in aller Regel arglos. Wer sich dem Schlaf im Vertrauen darauf überlasse, ihm werde nichts geschehen, nehme seine Arglosigkeit mit in den Schlaf. Den Bewusstlosen hingegen überkomme sein Zustand, ohne dass er es verhindern könnte. Von diesem Grundsatz sei jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn das Opfer gegen seinen Willen vom Schlaf übermannt wurde¹²⁶ oder wenn es auf Grund sonstiger Umstände, z.B. seiner gesundheitlichen Konstitution – nicht wegen seiner Arglosigkeit – nicht in der Lage war, die Angriffsabsicht des Täters zu erkennen und dessen Angriff wirksam entgegenzutreten¹²⁷.

Diese Differenzierung zwischen Schlafenden und Bewusstlosen überzeugt nicht¹²⁸. Zunächst dürfte die Beantwortung der Frage, ob sich der Schlafende arglos dem Schlaf überlassen, seine Arglosigkeit mit in den Schlaf genommen hat, zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen (wer anders als das Opfer könnte dies bezeugen?)¹²⁹. Richtig erscheint es, die Tötung Schlafender und Bewusstloser gleich zu behandeln: Entweder verlangt man für die Arglosigkeit das »positiv gegebene Be-

65

¹²⁴ *BGH* St 23, 119 (120 f.); 32, 382 (385 f.); 64, 111 (Rn. 9); JZ 1997, 1185; NStZ 2006, 338 (339); NStZ 2007, 524 f.; a.A. *Küper*, JuS 2000, 740 (744); *Küper/Zopf*s, Rn. 323.

¹²⁵ *BGH* St 23 119 (120 f.); bei *Holtz*, MDR 1977, 282; JZ 1997, 1185; NStZ 2008, 93; ebenso: *Küpper/Börner*, 1/50; *Kaspar*, JA 2007, 699, 700; *Kindhäuser/Schramm*, 2/23.

¹²⁶ *BGH*, NStZ 2007, 523 (524); *S/S/W-Momsen*, § 211 Rn. 39.

¹²⁷ *BGH*, NStZ 1997, 490 (491); NStZ 2007, 523 (524); *MK-Schneider*, § 211 Rn. 178.

¹²⁸ *Gössel/Dölling*, 4/99, 100; *Kutzer*, NStZ 1994, 110 (111); *NK-Neumann/Saliger*, § 211 Rn. 57; *MK-Schneider*, § 211 Rn. 179 f.

¹²⁹ *Dreher*, MDR 1970, 248 (249).