

ERSTER ABSCHNITT:

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 **3** 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 Menschqualität 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-

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 ebso.: 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« Todeseintritts 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 (grundätzlich) 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 vollendetes 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. Zumaldest 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 Elektroenzephalogramm (EEG) die Nulllinie eingetreten war, das Herz; dieses wurde einem geeigneten Patienten eingeschlagen.

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/Esser, 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; ebso. 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-Roggall, § 218 Rn. 14.

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

¹⁵ Vgl. Krey/Esser, 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 intercranialen 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 Lütger, 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 Lütger, 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** 12 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.

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

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 **strafshärfend**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 – strafsschärfendes (§ 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 Geschlechtstrieb, 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 strafsschärfendes 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 Beweggründes. 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 Schuldausschließungs-, 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 »tatbeständliches Unrecht«³⁸.

In der Fallbearbeitung ist auf diese Auffassung nicht einzugehen.

(2) Rechtsprechung

19

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 Akzessorietätslockerei 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 **20** (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) vorliege⁴¹ (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. Ann. *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 Beihilfestrafbarkeit 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 Ermöglichungsabsicht, weil § 28 I StGB lediglich für die Strafzumesung 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 Mordparagraphen 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 eingreift. §§ 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-
vorsatz –* 26

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 Tauentzienstraße 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 Fahrzeug 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 abgerissen, 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 Krankenhausaufenthalt 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 *gemeingefährlichen Mittels* in Betracht.

Die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe des § 211 II StGB bezeichnen bestimmte **Motive** für die Tötung (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstrieb, Habgier, niedriger Beweggrund) und bestimmte **Zwecke** der Tötung (Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht); wegen ihres subjektiven Charakters sind sie im subjektiven Tatbestand zu prüfen. Die **Begehensweisen** der zweiten Gruppe (heimtückisch, 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).