

§ 1 Der Mord gemäß § 211

Vorbemerkung

- 1) **Der Täter ist Mörder, wenn er einen Menschen tötet und dabei eines der in § 211 II genannten Mordmerkmale verwirklicht.** Die Mordmerkmale sind jeweils durch eine besondere sozialetische Verwerflichkeit gekennzeichnet, wobei man die Mordmerkmale in 3 Gruppen unterteilen kann:
 - a) **Die Mordmerkmale der 1. Gruppe umschreiben besonders verwerfliche Beweggründe:** Der Täter tötet aus Mordlust, zur Befriedigung seines Geschlechtstriebes, aus Habgier oder aus sonstigen besonders niedrigen Beweggründen.
 - b) **Die Mordmerkmale der 2. Gruppe enthalten besonders gefährliche oder unmenschliche Arten der Tatausführung:** Der Täter tötet heimtückisch, grausam oder er benutzt gemeingefährliche Mittel, deren Wirkungsweise er nicht beherrscht.
 - c) **Die Mordmerkmale der 3. Gruppe beschreiben die besonders gefährliche Zielsetzung des Täters:** Er tötet, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.
- 2) **Die dogmatische Einordnung der Mordmerkmale ist umstritten:**
 - a) **Nach der Rechtsprechung (BGH St 50, 5 mwN) sind Mord und Totschlag 2 voneinander unabhängige Tatbestände, so dass die Mordmerkmale des § 211 die Strafe des Täters begründen** (s.o.). Dabei enthalten die 1. und 3. Gruppe des § 211 *täterbezogene* Merkmale, so dass für den Teilnehmer die Regelung des § 28 I gilt.
 - b) **Nach h.L. ist der Totschlag des § 212 der Grundtatbestand, der Mord des § 211 dessen Qualifikation, so dass die Mordmerkmale die Strafe des Täters nicht begründen, sondern schärfen** (s.o.). Folgt man dieser Ansicht, so gilt für den Beteiligten (Täter und Teilnehmer!) die Regelung des § 28 II, wenn es sich bei dem jeweiligen Mordmerkmal um ein *täterbezogenes* Mordmerkmal handelt: **Der Beteiligte nimmt an der Tat teil, die er in eigener Person begangen hat (Täter) oder begangen hätte (Teilnehmer).**
- 3) **Besondere Verwerflichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Mordes?**
 - a) **Der Katalog der Mordmerkmale ist abschließend:** Der Täter darf nur dann wegen Mordes bestraft werden, wenn der Täter eines der in § 211 II genannten Mordmerkmale verwirklicht hat. Liegt keines der gesetzlich geregelten Mordmerkmale vor, so darf auch bei besonders verwerflicher Gesinnung oder besonderer Gefährlichkeit des Täters nicht wegen Mordes gemäß § 211, sondern nur wegen Totschlags gemäß § 212 bestraft werden, wobei der Richter in besonders schweren Fällen des Totschlags gemäß § 212 II ebenfalls eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängen kann. Insofern herrscht Einigkeit.
 - b) Umstritten ist jedoch die umgekehrte Frage: **Muss der Täter in jedem Fall wegen Mordes verurteilt werden, wenn er eines der in § 211 II genannten Mordmerkmale verwirklicht?** Diese Frage stellt sich immer dann, wenn der durch die Verwirklichung eines Mordmerkmals erhöhte Unrechtsgehalt zugleich durch außergesetzliche strafmildernde Umstände relativiert wird. Auch hier ist man sich darin einig, dass die in § 211 genannte lebenslange Freiheitsstrafe ein untragbares Ergebnis ist, doch herrscht Streit über die Frage, wie man ein derartiges Ergebnis vermeiden kann.

- aa) Nach einer Ansicht (SK-Horn § 211 Rz. 6 mwN) haben die Mordmerkmale des § 211 II nur **Indizwirkung**: Auch wenn der Täter eines der in § 211 II genannten Mordmerkmale verwirklicht, muss in jedem einzelnen Fall anhand der Persönlichkeit des Täters und der Umstände der Tat eine **Gesamtwürdigung** erfolgen: **Mord liegt nur dann vor, wenn die Tötung eines Menschen bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Mordmerkmals als besonders verwerflich erscheint.**

Horn begründet diese **positive Typenkorrektur der Mordmerkmale** wie folgt: Da die Rechtsfolge des § 211 starr ist, müssen die Voraussetzungen des Mordmerkmals flexibel gehandhabt werden, mit anderen Worten: Wenn die im Rahmen des § 211 zwingend vorgeschriebene Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe auf der Ebene der Strafzumessung keine Berücksichtigung des Einzelfalls zulässt, muss eben bei der Anwendung des Mordtatbestandes überprüft werden, ob die Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe im Einzelfall angemessen ist, ob es sich daher überhaupt begrifflich um Mord handelt.

- bb) Eser (Schönke/Schröder/Eser § 211 Rz. 10) kommt durch eine **negative Typenkorrektur** der Mordmerkmale zu weitgehend gleichen Ergebnissen: Der Richter soll im Einzelfall die Möglichkeit haben, auch dann von der Bestrafung wegen Mordes abzusehen, wenn der Täter ein Mordmerkmal verwirklicht hat, wenn bei einer Gesamtwürdigung aller Tat-umstände die Tötung ausnahmsweise als im Verhältnis zum Grundtatbestand des § 212 nicht besonders verwerflich erscheint. Ähnlich wie die Regelbeispiele des § 243 soll die Verwirklichung eines der in § 211 genannten **Mordmerkmale** nur ein **widerlegbares Indiz für Mord** sein. Bei der Verwirklichung eines Mordmerkmals handelt es nur dann um einen Totschlag, wenn die Tat ausnahmsweise im Verhältnis zur „normalen“ vorsätzlichen Tötung des § 212 nicht als besonders verwerflich erscheint.
- cc) Die Rechtsprechung (BGH St 9, 385, 389; 30, 105) sowie ein Teil der Literatur (Haft, 84; Arzt, LH 1 Rz. 86) lehnen eine derartige (positive bzw. negative) Typenkorrektur der Mordmerkmale ab, da das Gesetz eine sowohl positiv als auch negativ abschließende Umschreibung der Fälle enthalte, in denen das Gesetz die Tötung eines Menschen als besonders verwerflich beurteile. Daher bleibe - zumindest auf der Tatbestandsebene - kein Raum für eine richterliche Korrektur des § 211 durch eine Gesamtwürdigung der Tat. Nach der Rechtsprechung zeigt bereits die Entstehungsgeschichte sowie die Fassung des § 211, dass der Gesetzgeber dem Richter klare und festumrissene Tatbestandsmerkmale an die Hand geben wollte, um präzise zwischen Mord und Totschlag unterscheiden zu können. Das Gesetz enthalte in § 211 eine abschließende und zwingende Aufzählung der Fälle, in denen die Tötung eines Menschen als Mord erscheine. Es soll deshalb nicht von einer richterlichen Wertung im Einzelfall abhängen, ob es sich um Mord oder Totschlag handelt. Nicht der *Richter*, sondern der *Gesetzgeber* müsse darüber entscheiden, ob der Täter einen Mord oder einen Totschlag begangen hat.

Lehnt man eine - positive oder negative - Typenkorrektur innerhalb des Mordes ab, so wird jeder wegen Mordes gemäß § 211 bestraft, der vorsätzlich einen Menschen tötet und dabei eines der in § 211 genannten Mordmerkmale verwirklicht. Dabei ergibt sich jedoch ein Problem aus der Tatsache, dass der Mord auf der Rechtsfolgenseite nur die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht und somit für Strafzumessungserwägungen, die dem Einzelfall Rechnung tragen können, keinen Raum lässt. Aus diesem Grund hat auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 45, 187 ff.) die Verfassungsmäßigkeit des Mordtatbestandes davon abhängig gemacht, dass die Mordmerkmale restriktiv interpretiert werden, um dem Einzelfall gerecht werden zu können. **Lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge ist nach dem Bundesverfassungsgericht nur dann mit der Verfassung zu vereinbaren,**

wenn der Richter in jedem einzelnen Fall schuldangemessen strafen kann (BVerfG NJW 2009, 1061). Das Bundesverfassungsgericht hat aber zur Einordnung des Mordes nicht Stellung genommen und es Rechtsprechung und Lehre überlassen, entweder durch eine (positive oder negative) Typenkorrektur oder durch eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale dem Einzelfall gebührend Rechnung zu tragen.

Die Strafgerichte versuchen daher, den Mordtatbestand dadurch einzuschränken, dass sie die Mordmerkmale im Hinblick auf ein im Einzelfall gerechtes Ergebnis interpretieren. So handelt (nach BGH St 9, 385) nur derjenige *heimtückisch*, der das Opfer in feindseliger Willensrichtung tötet (dazu unten § 1 I 2 a) und die durch Arglosigkeit geschaffene Wehrlosigkeit zur Tötung ausnutzt, sie sich also bewusst zunutze macht (BGH StV 1985, 235). *Grausam* tötet nur derjenige, der aus roher unbarmherziger Gesinnung heraus dem Opfer erhebliche Qualen zufügt; daran fehlt es, wenn dem Täter keine anderen Tatmittel zur Verfügung stehen und er nur die Qualen des Opfers beenden will. *Zur Verdeckung einer Straftat* tötet derjenige nicht, der sich nur der Festnahme durch Flucht entziehen will (BGH NStZ 1985, 166).

- dd) Lässt sich auch durch eine einschränkende Interpretation nicht das gewünschte Ergebnis erzielen, so greift die Rechtsprechung zu einer **Rechtsfolgenlösung**.

Beispiel BGH GSt 30, 105: Ein Türke hatte die Frau seines Neffen mehrfach vergewaltigt und sich gegenüber dem Neffen auch noch mit der Tat gebrüstet. Der Neffe tötete seinen Onkel einige Tage später durch mehrere Schüsse in den Rücken.

Der Täter hatte hier die durch die Arglosigkeit geschaffene Wehrlosigkeit des Opfers zur Tötung ausgenutzt und dabei in feindseliger Willensrichtung gehandelt. Folgt man der Heimtückedefinition des BGH, so ändert auch eine einschränkende Interpretation des Heimtücke-begriffs nichts daran, dass es sich in diesem Fall um Mord handelte, so dass man den Täter zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe hätte verurteilen müssen.

Der Große Strafsenat lehnte eine negative Typenkorrektur anhand einer gesonderten Verwerflichkeitsprüfung ausdrücklich ab, wollte aber auch keine lebenslange Freiheitsstrafe verhängen und suchte daher eine Lösung über die Rechtsfolge des § 211. Einerseits handele es sich im vorliegenden Fall um Mord gemäß § 211, andererseits sei in derartigen Fällen die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig, so dass die Strafe gemäß § 49 I auf eine zeitlich begrenzte Strafe gemildert werden müsse. Es genügt aber nicht jeder Entlastungsfaktor, der i.S.d. § 213 zur Anwendung eines minder schweren Fall des Totschlags führen würde: Hat der Täter trotz restriktiver Interpretation der Mordmerkmale ein Mordmerkmal verwirklicht, dann kann durch eine Rechtsfolgenlösung nur dann von einer lebenslangen Freiheitsstrafe abgesehen werden, wenn der Täter durch eine notstandsähnliche ausweglose Lage bestimmt wurde, in großer Verzweiflung, aus tiefempfundener Mitleid oder aus gerechtem Zorn aufgrund einer schweren Provokation gehandelt hat (zustimmend Rengier NStZ 1982, 225; Tiedemann, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, 15; ablehnend Schönke/Schröder/Eser § 211 Rz. 57; Arzt LH 3 Rz. 50; Günther JR 1985, 268).

Kritik und Stellungnahme: Durch die Einführung eines derartigen „minder schweren Fall des Mordes“ wird die Systematik der Tötungsdelikte noch unübersichtlicher; zudem bleibt das Stigma, „Mörder“ zu sein, weiterhin am Täter haften. Führt eine einschränkende Interpretation des jeweiligen Mordmerkmals nicht zu einem im Einzelfall befriedigenden Ergebnis, so sollte daher eine **negative Typenkorrektur** erfolgen: Die Verwirklichung eines Mordmerkmals indiziert den Mord, doch hat der Täter im Einzelfall keinen Mord, sondern nur einen Totschlag begangen, wenn die Tat anhand der Täterpersönlichkeit und der Gesamtumstände im Verhältnis zur „normalen“ vorsätzlichen Tötung des § 212 nicht als besonders verwerflich erscheint.

- 4) **In zeitlicher Hinsicht** muss das Mordmerkmal weder von Anfang an gegeben sein noch bis zum Tod des Opfers durchgehalten werden. Es genügt, dass das Mordmerkmal in der Phase der Tatausführung zwischen Versuchsbeginn und dem Abschluss der Handlung gegeben ist, die zum Tod des Opfers führt (BGH St 6, 331).

Beispiele:

- 1) Mörder ist auch derjenige, der zunächst, ohne ein Mordmerkmal zu verwirklichen, zuschlägt und die Tat dann mit Verdeckungsabsicht zu Ende führt.
- 2) Der Täter schlägt mit Tötungsvorsatz zu, weil er durch das Opfer zum Zorn gereizt ist, führt dann aber die Tat aus Habgier zu Ende.

- 5) **Zwei strafprozessuale Aspekte** zum Abschluss:

- a) Da die einzelnen Mordmerkmale auf vergleichbaren Verwerflichkeits- bzw. Gefährlichkeitskriterien beruhen, ist zwischen den einzelnen Mordmerkmalen eine **Wahlfeststellung** zulässig (BGH St 22, 12; StV 1981, 339; ausführlich zur Wahlfeststellung Langels StGB AT 2 § 51).
- b) Wechselt im Strafprozess der strafrechtliche Vorwurf durch einen Wechsel der Qualifikation, so muss der Angeklagte gemäß § 265 StPO auf die **Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts** hingewiesen werden (BGH St 23, 95; 25, 287). Das gleiche gilt, wenn der Vorwurf vom Totschlag gemäß § 212 auf Mord gemäß § 211 wechselt, wobei hier dem Angeklagten auch eröffnet werden muss, welches Mordmerkmal man ihm vorwirft (BGH NStZ 1983, 34).

I. Die einzelnen Mordmerkmale

1. Gruppe: Mordqualifizierende Beweggründe

a) Mordlust

„Mordlust ist die unnatürliche Freude an der Vernichtung menschlichen Lebens“ (BGH NJW 1953, 1440). Da an dieser Definition stets kritisiert wurde, dass es eigentlich keine „natürliche“ Freude daran geben kann, einen anderen zu töten, stellt man neuerdings mehr auf die Gefährlichkeit des Täters ab, also darauf, ob in der Tat eine **generelle Missachtung des Rechtsguts „Leben“** zum Ausdruck kommt. Die Geringschätzung des Lebens zeigt sich besonders darin, dass das Opfer dem Täter keinen Anlass zur Tat gegeben hat, so dass der Tod des Opfers der einzige Zweck der Tat ist (BGH NJW 1994, 2629, Fabricius StV 1995, 637). Das einzige Motiv des Täters besteht darin, einen Menschen sterben zu sehen, wobei die konkrete Person des Opfers keine Rolle spielt (BGH St 34, 60). Mordlust setzt dabei als Mordmotiv voraus, dass der Täter den Tod des Opfers bezweckt. Ein bedingter Tötungsvorsatz reicht somit nicht aus (BGH MDR 1974, 547).

Beispiele für Mordlust: Aus Mordlust handelt derjenige, dem es allein darauf ankommt, einen Menschen sterben zu sehen, wer aus Angeberei tötet oder die Tötung eines anderen als nervliche Stimulans oder „sportliches“ Vergnügen betrachtet (BGH a.a.O.).

b) Zur Befriedigung des Geschlechtstrieb

Hier kommen 3 Fallgruppen in Betracht:

- aa) **Der Täter tötet das Opfer, um durch den Tötungsakt oder nach erfolgter Tötung an der Leiche des Opfers geschlechtliche Befriedigung zu erlangen** (BGH St 7, 353). Da die Befriedigung des Geschlechtstrieb aber „noch nicht einmal durch das Gesetz als etwas Niedriges angesehen wird (sic!), liegt der besondere Unwertgehalt dieser Tötung im Verhältnis zu § 212 in dem eklatanten Missverhältnis zwischen der angestrebten kurzfristigen Befriedigung des Täters und dem Tod des Opfers. Für die qualifizierende Wirkung dieses

Mordmerkmals kommt es nicht darauf an, dass der Täter seine Befriedigung tatsächlich findet: Auch der unbefriedigte Täter ist Mörder.“

- bb) **Der Täter sucht seine geschlechtliche Befriedigung beim späteren Betrachten des per Video aufgezeichneten Tötungsgeschehens** („Kannibale von Rottenburg“; BGH NJW 2005, 2350; zur Verfassungsmäßigkeit des Mordmerkmals in dieser Entscheidung BVerfG NJW 2009, 1063).
- cc) **Mörder ist aber auch derjenige, der anlässlich einer Vergewaltigung billigend den Tod des Opfers in Kauf nimmt.** Das Motiv, geschlechtliche Befriedigung zu erlangen, muss aber das Hauptmotiv des Täters sein.
Das setzt jedoch auf der anderen Seite nicht voraus, dass der Täter den Tod des Opfers beabsichtigt: Wenn es dem Täter auf seine geschlechtliche Befriedigung ankommt, genügt es für das Mordmerkmal der Mordlust, dass er den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt.
- dd) Da die Befriedigung des Geschlechtstribs aber das **Hauptmotiv** des Täters sein muss, tötet derjenige nicht zur Befriedigung seines Triebs, der den Ehemann oder Freund seiner Geliebten tötet, um mit seiner Intimpartnerin weiterhin „ungestört“ geschlechtlich verkehren zu können. Hier stellt das sexuelle Motiv nur einen Teilaspekt des veränderten Lebens dar, das der Täter nach dem Tod des Opfers führen möchte (Arzt, LH 1 Rz. 124). Es kommt jedoch ein sonstiger „niedriger Beweggrund“ in Betracht (Schönke/Schröder/Eser § 211 Rz. 16).

c) Die Habgier

Habgierig handelt derjenige, der zur Gewinnerzielung über Leichen geht. Habgier ist also ein verwerfliches Gewinnstreben, das weit über das sozial anerkannte Streben nach Gewinn hinausgeht (BGH NJW 2001, 763; 1993, 1664; St 39, 160; 29, 318). Die Höhe des angestrebten Gewinns spielt für die Frage der Habgier keine Rolle, so dass Mord aus Habgier auch bei geringer Beuteerwartung möglich ist (BGH NJW 1981, 333). Gerade bei dem besonders krassen Missverhältnis von angestrebtem Vermögensvorteil und eingesetztem Mittel (= Tötung) kommt ja die besonders lebensverachtende Einstellung des Täters zum Ausdruck (BGH St 29, 318).
Im Gegensatz zur Mordlust muss der Beweggrund der Habgier nicht das Hauptmotiv gewesen sein, das den Täter zur Tat bewogen hat. Da der erstrebte Vermögensvorteil nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Erreichung anderer Zwecke ist, tötet auch derjenige aus Habgier, der mit diesem Geld anschließend ein sorgenfreies Leben führen wollte. Die Fernziele des Täters bleiben also außer Betracht.

Über 2 Punkte herrscht jedoch Streit:

aa) **Tötet auch derjenige aus Habgier, der „nur“ seinen Besitzstand wahren will?**

Beispiel nach BGH St 10, 399: Der Vater tötet den Sohn, um dessen Unterhaltsansprüchen zu entgehen.

- (1) Nach einer Ansicht (Tröndle/Fischer § 211 Rz. 5; SK-Horn § 211 Rz. 14) handelt nur derjenige habgierig, der durch die Tötung einen Vermögenszuwachs erstrebt. Die gewaltsame Verteidigung des status quo genügt nicht.
- (2) Nach h.M. (BGH St 10, 399; Haft, 83 m.w.N.) gibt es im Rahmen der Habgier keinen Unterschied zwischen demjenigen, der tötet, um sein Vermögen zu mehren, und demjenigen, der tötet, um eine Minderung seines Vermögens zu verhindern. Habgierig tötet daher auch derjenige, der seinen Gläubiger tötet, um seiner Inanspruchnahme aus der Schuld zu entgehen.

bb) Tötet auch derjenige habgierig, der einen an sich rechtmäßigen Vermögensvorteil anstrebt?

Fall: Der Vermieter tötet den Mieter, weil dieser die Mietsache nach Ablauf des Mietverhältnisses nicht zurückgeben will.

(1) *Für* Habgier spricht, dass auch in derartigen Fällen ein krasses Missverhältnis von Zweck (Rückgabe der Mietsache) und Mittel (Tötung des Schuldners) bestand.

(2) *Gegen* die Annahme von Habgier spricht, dass auch das Gesetz die Gewaltanwendung zur Durchsetzung an sich berechtigter Ansprüche milder bewertet.

Beispiel: Wer gewaltsam eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, auf die er einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch hat, ist mangels Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung kein Räuber.

Exkurs: Keine „Rechtsfolgenlösung“ bei Habgier

Wenn der Täter aus Habgier tötet, ist er ein Mörder und wird daher zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Diese lebenslange Freiheitsstrafe kann - im Gegensatz zur heimtückischen Tötung (dazu ausführlich unten 2 a dd) - nicht wegen außergewöhnlicher Umstände durch eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe nach § 49 I Nr. 1 ersetzt werden, so dass eine Rechtsfolgenlösung nicht in Betracht kommt (BGH NJW 1997, 807, 809).

Dazu der BGH a.a.O.: „Das BVerfG (BVerfGE 45, 187 ff.) hat lediglich bei den Mordmerkmalen der ‚Heimtücke‘ und der ‚Verdeckungsabsicht‘ eine Kollision mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für möglich gehalten; auch die Entscheidung des Großen Strafsenats (Türkischer-Onkel-Fall; BGHSt 30, 105) betrifft nur das Merkmal der Heimtücke. Das Mordmerkmal der Habgier ist ohnehin eng auszulegen. Es liegt bei einem Motivbündel nur vor, wenn das Gewinnstreben tatbeherrschend und daher bewusstseinsdominant war (BGH NJW 1995, 2365, 2366). Wird ein Mensch aus einem solch niedrigen Beweggrund getötet, so verstößt die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“

d) Niedrige Beweggründe

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, hat einen Totschlag begangen und wird dafür gemäß § 212 bestraft, wobei die Mindeststrafe des § 212 bei 5 Jahren Freiheitsstrafe liegt. Es wäre nun ein Zirkelschluss, jedes nicht durch Rechtfertigungsgründe gedeckte Motiv des Täters automatisch als verwerflich anzusehen und dadurch zum Mord des § 211 zu gelangen, der als Rechtsfolge lebenslange Freiheitsstrafe nach sich zieht. Nur Motive, die im Verhältnis zum herkömmlichen Tötungsvorsatz des § 212 als besonders verwerflich angesehen werden, rechtfertigen den qualitativen Sprung von § 212 zu § 211, der für den Täter lebenslange Freiheitsstrafe statt einer zeitlich begrenzten Strafe nach sich zieht. Dabei stellt das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ nach der Rechtsprechung (BGH St 11, 226, 228) eine **Generalklausel für alle Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe** des § 211 II dar, so dass die Mordmerkmale „Mordlust“, „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“, „Habgier“ und die „Verdeckungsabsicht“ besondere Ausprägungen eines niedrigen Beweggrundes darstellen. Um das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe zu konkretisieren, muss eine **Gesamtbewertung der Tat** erfolgen: Nur wenn das konkrete Motiv des Täters mit den sonstigen Merkmalen der 1. und 3. Gruppe vergleichbar und daher im Verhältnis zum Tötungsvorsatz des § 212 besonders verwerflich ist, kommt ein niedriger Beweggrund in Betracht.

Nach der Rechtsprechung (BGH NStZ RR 2008, 308) ist ein Beweggrund niedrig, wenn er nicht nur verwerflich ist, sondern bei einer sittlichen Bewertung auf tiefster Stufe steht. Maßstab dafür sind die in der Gesellschaft als verbindlich angesehenen Anschauungen und Wertvorstellungen; wie der Täter selbst sein Verhalten bewertet, spielt keine Rolle. Ob der Beweggrund des Täters besonders niedrig war, ist dabei nach den Gesamtumständen der Tat zu

beurteilen. Kriterien können das Missverhältnis von Anlass und Zweck, Art oder Verschuldetheit der eigenen Lage, die persönliche Beziehung zum Opfer sowie ein provokationsbedingter Affekt des Täters sein.

Beispiele, in denen ein niedriger Beweggrund bejaht wurde:

- 1) In Fällen des Ehrenmordes muss nach BGH NJW 2006, 1011 auch bei ausländischen Tätern, die sich zur (vermeintlichen) Rettung der Familienehre in die Pflicht genommen sehen, die Bewertung des Tötungsmotivs nach den in Deutschland geltenden rechtlichen Vorstellungen bewertet werden.
Zur Berücksichtigung der Wertvorstellungen von Ausländern Pohlreich, Ehrenmorde im Wandel des Strafrechts, 2009, 212 ff.
- 2) Der Täter, der in eine Radarfalle geraten ist, tötet den Polizisten, um an den Film zu gelangen. Hier wird das Opfer für ein Verhalten des Täters getötet, das zwar nicht strafbar ist (also tötet der Täter nicht in Verdeckungsabsicht!), das der Täter aber für verwerflich hält. Der Täter tötet also aus eigensüchtigen Motiven, um sich der Verantwortung für begangenes Unrecht zu entziehen. Hinzu kommt das krasse Missverhältnis von Anlass und Reaktion (vgl. dazu die Klausur: „Der Blitzer“ sowie Fischer § 211 Rz. 11).
- 3) Der Täter tötet eine Frau, die den Geschlechtsverkehr verweigert hatte mit der Begründung, dass „wenn er sie nicht haben würde, sie auch kein anderer haben sollte“ (BGH St 3, 183).
- 4) Der Täter tötet das Opfer, um an dessen Stelle als tot zu gelten und unter der Identität des Opfers ein neues Leben beginnen zu können (BGH NStZ 1985, 454).
- 5) Auch Rassenhass (BGH NStZ 2004, 90) oder die Verhinderung einer berechtigten Festnahme können ein niedriger Beweggrund sein. Bei letzterem Motiv schließt man eine Lücke, die bei der Verdeckungsabsicht in den Fällen entsteht, in denen die Identität des Täters bekannt ist und dieser auch durch die Tötung des Verfolgers die Vortat nicht mehr verdecken kann.

Beispiele, in denen ein niedriger Beweggrund verneint wurde:

- 1) Wut und Verärgerung über das Opfer hatten sich mit Angst und Enttäuschung gepaart. Hier muss nach BGH NJW 2009, 305 geprüft werden, inwieweit das Motiv auf einer niedrigen Gesinnung oder eher auf einer akzeptierten richtigen Einstellung beruht (dazu Streng, JR 2009, 341).
- 2) Tötung als Reaktion auf eine lang anhaltende massive Beschimpfung als plötzliche Entladung eines Aggressionsstaus (BGH MDR 1977, 638).

2. Gruppe: Die Arten der Tatausführung

a) Die Heimtücke

Der Täter tötet heimtückisch, wenn er die durch die Arglosigkeit geschaffene Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tatbegehung ausnutzt. Der Grund der Strafschärfung im Verhältnis zum Totschlag liegt hier in der besonders gefährlichen Vorgehensweise: Der Täter überrascht das Opfer und hindert es dadurch an jeglicher Gegenwehr (BGH St 11, 143).

aa) **Das Opfer muss arglos sein. Arglos ist, wer sich bei Beginn der mit Tötungsvorsatz ausgeführten Tathandlung keiner Gefahr versieht** (BGH NStZ 2006, 96; 504; BGH VRS 63, 119 bei Steinwürfen von Autobahnbrücke). Die heimliche Planung der Tat genügt nicht; **entscheidend ist der Zeitpunkt, zu dem der Täter mit seiner Tötungshandlung das Versuchsstadium erreicht:** Erkennt das Opfer von Anfang an die feindselige Absicht des Täters, so scheidet vollendeter Mord aus (BGH St 32, 382). Andererseits entfällt das Merkmal der Heimtücke nicht allein dadurch, dass das Opfer im letzten Augenblick die Absicht des Täters durchschaut; eine „offene Kampfansage“ im letzten Moment kann also an der Heimtücke nichts ändern, wenn der Täter bis zu diesem Augenblick die Arglosigkeit des Opfers ausgenutzt hat.

In zeitlicher Hinsicht kommt es also nicht darauf an, dass das Opfer noch zur Zeit seines Todes arglos ist: Heimtückisch tötet auch derjenige, der das Opfer in einen Hinterhalt lockt, in dem das Opfer zwar rechtzeitig die Tötungsabsicht des Täters erkennt, dem Täter aber in dieser Lage hilflos ausgeliefert ist (BGH St 22, 77; 32, 386). Auch in diesem Fall hat der Täter die durch die Arglosigkeit geschaffene Wehrlosigkeit des Opfers ausgenutzt: Das arglose Opfer wird in einen Hinterhalt gelockt und ist dort infolge seiner - ursprünglichen - Arglosigkeit wehrlos.

Folgt man der Rechtsprechung, so sind auch **Schlafende** - im Gegensatz zu Bewusstlosen - arglos und können daher im Schlaf heimtückisch getötet werden (BGH St 23, 119; NStZ 2002, 22). **Dazu der BGH in BGH St 23, 119:** „Wer sich dem Schlaf im Vertrauen darauf überlässt, ihm werde nichts geschehen, nimmt seine Arglosigkeit mit in den Schlaf; die Arglosigkeit begleitet den Schlafenden, auch wenn er sich dieser Arglosigkeit im Schlaf nicht mehr bewusst ist. Den Bewusstlosen überkommt sein Zustand, ohne dass er den Eintritt dieses Zustandes verhindern kann.“

An dieser Differenzierung zwischen Schlafenden und Bewusstlosen wird kritisiert, dass dann auch der Schlafende nicht arglos ist, den der Schlaf übermannt hat, „weil er gar keine Zeit mehr hatte, die Arglosigkeit mit in den Schlaf zu nehmen“ (Fahl, Jura 1998, 457; Dreher, MDR 1970, 248, 249). Zudem würde danach das schlafende Opfer auch dann nicht heimtückisch getötet, wenn es sich aus Angst vor dem Täter eine Pistole unter das Kopfkissen gelegt hätte, die Waffe aber nicht mehr rechtzeitig hätte einsetzen können. Auch dieses Opfer wäre ja beim Einschlafen nicht arglos gewesen (Krey, Rz. 44). Ist für die Heimtücke gerade der Umstand kennzeichnend, dass der Täter die hilflose Lage des Opfers bewusst ausnutzt, so wird man bei der Tötung von Schlafenden und Bewusstlosen gleichermaßen auf heimtückische Tötung entscheiden müssen.

Ob das Opfer nach einem unmittelbar vorangegangenen Streit mit dem Täter noch arglos war, ist eine Frage des Einzelfalls. Heimtückisch tötet sicherlich derjenige nicht, der dem Opfer von vornherein offen feindselig gegenübertritt oder der das Opfer unmittelbar zuvor bereits derart attackiert hat, dass das Opfer mit einem weiteren Angriff des Täters rechnen musste (BGH St 19, 322). Dies ist dort der Fall, wo der Täter das Opfer zuvor bereits erheblich körperlich misshandelt hat (BGH NJW 1980, 792). Bei einer reinen Verbalinjurie mag das Opfer auch nach einer heftigen Beleidigung noch arglos sein (BGH St 33, 363), es sei denn, dass das Opfer aufgrund der aufgeheizten Atmosphäre mit einem derartigen Angriff rechnen musste (BGH St 33, 363; NStZ 1983, 35). Auf der anderen Seite ist das Opfer trotz der vorangegangenen Feindseligkeiten arglos, wenn sich das Opfer gerade zur Tatzeit keines Angriffs versieht, weil es den Streit für beendet ansieht und daraufhin in einem Hinterhalt überrascht wird (BGH St 39, 353, 367; NStZ 2007, 524). Die Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer ist dabei aber erst beendet, wenn der Täter sich so verhält, dass das Opfer die Feindseligkeit als beendet ansehen darf (BGH NStZ -RR- 1996, 322).

Auch wenn sich der Täter in einer Notwehrlage befindet, wird man eine heimtückische Tötung des Angreifers verneinen müssen: Zum einen musste der Angreifer mit Gegenwehr des Opfers rechnen, so dass dessen Handlung nicht „tückisch“ ist. Zum anderen soll auch der Verteidiger, der die Grenzen der Notwehr überschreitet (und nur dann bestraft werden kann), nicht das Risiko tragen, sich bei überraschender Tötung des Angreifers gleich wegen eines Mordes bestraft zu werden. Dies gilt insbesondere, wenn der Verteidiger den Überraschungseffekt ausnutzen musste, um sich erfolversprechend verteidigen zu können (BGH NJW 2003, 1955; dazu die Klausur: „Angriff ist die beste Verteidigung“, die auch noch einmal die Voraussetzungen für eine durch § 32 gerechtfertigte Tötung sowie die verschiedenen Einschränkungen des § 32 und die denkbaren Irrtumskonstellationen darstellt).

AL-Klausurtyp: Fasst der Täter den Tötungsvorsatz erst nach der Körperverletzung des Opfers, die die Arglosigkeit des Opfers hatte entfallen lassen, so sollten Sie in der Klausur an eine mögliche Verdeckungsabsicht denken, wenn der Täter das Opfer tötet, um die vorangegangene Körperverletzung zu verdecken!

- bb) **Das Opfer muss aufgrund der Arglosigkeit wehrlos sein**, also entweder gar nicht oder nur eingeschränkt zur Verteidigung bereit sein (BGH St 20, 302). Der Täter tötet also nicht heimtückisch, wenn das Opfer bereits konstitutionell wehrlos ist, weil es die feindselige Willensrichtung des Täters nicht erkennt (z.B. Geisteskranker, Kleinkind; BGH NStZ 2006, 338).

Dennoch kann auch die Tötung eines Kleinkindes ausnahmsweise heimtückisch erfolgen, wenn der Täter das an sich bitter schmeckende Gift mit einem süß schmeckenden Brei vermischt und so den natürlichen Abwehrinstinkt des Kindes gegen alle bitter schmeckenden Stoffe ausschaltet (BGH St 8, 218) oder wenn der Täter Dritte ausschaltet, die die Tötung des Kindes hätten verhindern können (BGH NJW 1978, 709).

Heimtücke scheidet auch dann aus, wenn das Opfer die Tötungsabsicht des Täters zwar erkennt, dem Täter aber bedingt durch die eigene hilflose Lage (z.B. Lähmung) nichts entgegenzusetzen kann (BGH NStZ 2007, 524). Eine Ausnahme gilt dort, wo das konstitutionell wehrlose Opfer noch hätte um Hilfe rufen können und daran vom Täter durch dessen heimtückisches Vorgehen gehindert wird (BGH NStZ 2008, 94). Entscheidend ist also letztlich nicht die *Wehrlosigkeit*, sondern die *Arglosigkeit*, da nur in seltenen Fällen das Opfer wehrlos ist, wenn es die Absicht des Täters frühzeitig erkennt.

- cc) **Der Täter muss die durch die Arglosigkeit geschaffene Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tat ausgenutzt haben** (BGH NStZ 2009; 569; 2006, 169). Da Mordmerkmale restriktiv interpretiert werden müssen, genügt es für ein „Ausnutzen“ nicht, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur äußerlich wahrgenommen hat. Andererseits muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit nicht gezielt herbeigeführt oder verstärkt haben, so dass auch der heimtückisch tötet, der das Opfer in dieser Situation wehrlos vorfindet (BGH St 27, 324; 32, 382). **Es genügt, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Opfers - und sei es auch nur mit einem Blick – erkennt und zur Tat ausnutzt** (BGH NStZ 2009; 569; 2006, 169; 1997, 490; 1993, 341, 342). Er kann sich in diesem Fall auch nicht darauf berufen, dass er das Opfer ansonsten auch in einer anderen Situation getötet hätte, in der es sich hätte wehren oder Hilfe herbeirufen können (BGH NStZ 1985, 216).

Auch wenn der Täter das Opfer im Affekt getötet hat, schließt der Affekt die Heimtücke des Täters nicht begrifflich aus (BGH St 11, 139). Gerade die Spontaneität des Tatentschlusses sowie die starke emotionale Erregung des Täters können aber ein Indiz dafür sein, dass der Täter die Arglosigkeit nicht bewusst ausgenutzt hat (BGH NJW 1983, 2456; NStZ 1987, 555). Ebenso wurde der Heimtückevorsatz verneint, wenn der Täter das Opfer in großer Erregung oder Verzweiflung oder in einem Gefühl der Ausweglosigkeit (BGH NJW 1966, 1824) oder aus plötzlich aufgestiegenem Zorn über die jahrelange Erniedrigung (BGH StV 1981, 340) getötet hatte. In derartigen Fällen hat der Täter nicht bewusst registriert, dass er die durch die Arglosigkeit geschaffene Hilflosigkeit ausnutzt. Gleiches gilt, wenn der Täter wegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit oder in plötzlich aufsteigender Wut über die jahrelange Erniedrigung durch den Täter zwar äußerlich wahrnimmt, dass das Opfer schläft, die Bedeutung der Hilflosigkeit für die eigene Tat aber nicht erfasst und diesen Umstand daher auch nicht ausnutzt (BGH NStZ 1987, 554).

In anderen Entscheidungen verlangt der BGH für das Merkmal der Heimtücke, dass die Wehrlosigkeit des Opfers für den Tötungsvorsatz des Täters kausal gewesen sein müsse (BGH NStZ 1984, 506). Daran fehle es, wenn der Täter sich wegen der heftigen Gemüts-erregung dessen Hilflosigkeit gar nicht vor Augen führt oder wenn der Täter ohnehin bereits als *omnimodo facturus* zur Tat konkret entschlossen war und sich durch die Wehrlosigkeit des Opfers nicht hatte motivieren lassen (BGH NStZ 1981, 400).

AL-Klausurtyp: Sie sehen also, dass der BGH bereits bei der Definition des Begriffs der Heimtücke bestrebt ist, zu einer im Einzelfall gerechten Entscheidung zu gelangen, um nicht den Weg über die - aus den o.g. Gründen problematische - Rechtsfolgenlösung gehen zu müssen.

dd) Zusätzliche Einschränkung des Merkmals „Heimtücke“

- (1) Selbst wenn man mit der Rechtsprechung das Mordmerkmal der Heimtücke entsprechend restriktiv interpretiert, bleiben Fälle übrig, in denen der Täter heimtückisch handeln würde, die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe aber nicht schuldangemessen wäre. Exemplarisch seien hier 4 Fälle genannt:
- (a) **BGH St 9, 385**: Der Täter, der seinen Kindern bisher ein liebender Vater war, will aus dem Leben scheiden, dabei aber auch seine Kinder töten, weil er glaubt, dadurch zum Besten seiner Kinder zu handeln. Er tötet seine schlafenden Kinder, überlebt aber seinen Selbstmordversuch. Der BGH schränkt das an sich vorliegende Mordmerkmal der Heimtücke über die o.g. Kriterien hinaus dadurch ein, dass er ein Handeln in **feindseliger Willensrichtung** verlangt. Daran kann es fehlen, wenn der Täter glaubt, durch die Tötung des Opfers zu dessen besten zu handeln.
- (b) **BGH GSSt 30, 105/ „Türkischer Onkel“-Fall**: „Der Täter tötet seinen Onkel, der zuvor die Frau des Täters mehrfach vergewaltigt und sich ihm gegenüber mit der Tat noch gebrüstet hatte. Der Große Strafsenat sah hier die Voraussetzungen der Heimtücke als gegeben an, weil er eine gesonderte Verwerflichkeitsprüfung als positive oder negative Typenkorrektur der Mordmerkmale ablehnte. Da aber die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe angesichts der begreiflichen Erregung des Täters nicht schuldangemessen gewesen wäre, musste der BGH das Ergebnis (heimtückische Tötung = § 211 = lebenslange Freiheitsstrafe) auf der Ebene der Strafzumessung finden. Der Große Senat griff zu einer Rechtsfolgenlösung: Er verurteilte den Täter zwar wegen Mordes gemäß § 211, milderte aber in Anwendung des § 49 I die Freiheitsstrafe entgegen § 211 zu einer zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe herab.
Dazu der BGH: „Die absolute Strafandrohung des Mordtatbestandes schließt Strafzumessungserwägungen in aller Regel aus. Die verfassungskonforme Rechtsanwendung gebietet aber ihre Ersetzung durch einen für solche Erwägungen offenen Strafraum, wenn die Tatmodalitäten der heimtückischen Begehungsweise mit Entlastungsmomenten zusammentreffen, die zwar nicht nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu einer Strafmilderung führen, aufgrund welcher aber die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar scheint.“
- (c) **BGH JZ 1983, 967**: Eine Ehefrau hatte nach jahrelangem Martyrium ihren Mann im Schlaf getötet, nachdem dieser betrunken nach Hause gekommen war und angekündigt hatte, sie und ihr Sohn würden am nächsten Tag erneut schwer misshandelt werden. Hier warnt der BGH vor einem allzu leichtfertigen Umgang mit der Rechtsfolgenlösung. Bevor in Fällen der Heimtücke wegen der Unverhältnismäßigkeit der Rechtsfolge auf eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe erkannt werden dürfe, müsse der jeweilige Tatrichter zunächst sorgfältig prüfen, ob der Täter in dieser Situation überhaupt heimtückisch gehandelt habe. Bejaht man Heimtücke, müssen im Anschluss Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe geprüft werden. Liegen diese von ihren Voraussetzungen her nicht vor, kommt eine Lösung nach Irrtumsregeln in Betracht, wenn der Täter sich eine Situation vorstellt, bei der er gerechtfertigt bzw. entschuldigt gewesen wäre. Gelangt man auch auf diesem Weg zu keinem sachgerechten Ergebnis, muss sich der Richter mit den gesetzlichen Strafzumessungsregeln, z.B. § 21, auseinandersetzen. Eine Rechtsfolgenlösung kommt also nur als ultima ratio in Betracht.
Vgl. dazu die Examensklausur: „Der Haustyrann.“
- (d) In **NStZ 1995, 231** hat der BGH wieder an die Rechtsfolgenlösung angeknüpft und auf den „Türkischen Onkel“-Fall (BGH St 30, 105; oben (b)) verwiesen.
Fall: Das Mordopfer O, das seinen Lebensunterhalt vorwiegend mit Raubüberfällen und Schutzgeld-erpressungen bestritt, hatte dem T gedroht, er werde T töten, wenn ihm dieser nicht bis zum Abend des

darauffolgenden Tages 200 Euro zahle. Nachdem T erfolglos versucht hatte, sich das Geld zu besorgen, geriet T in Panik und bewaffnete sich mit einer Schrotflinte, die er zunächst unter seiner Kleidung verborgen hielt, als er den O aufsuchte. Auf sein Klingeln öffnete O in der Annahme, dass T das Geld abliefern wolle. Als er die Tür öffnet, erschoss ihn T.

Der BGH billigte zwar die Annahme des Schwurgerichts, T habe den erkanntermaßen arglosen O, der nur mit der Überbringung des Geldes rechnete, heimtückisch getötet, doch billigte der BGH dem Täter anders als das Schwurgericht außergewöhnliche Umstände zu, die die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen ließen.

Dazu der BGH: „Eine Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe würde die Zwangssituation nicht ausreichend berücksichtigen, in der sich T befand. Hätte er den rechtswidrigen Angriff des O, also dessen versuchte räuberische Erpressung, nicht anders als durch eine Tötung des O abwehren können, wäre er gerechtfertigt oder zumindest entschuldigt gewesen. Dies war zwar nicht der Fall, doch können außergewöhnliche Umstände auch dann, wenn eine solche unlösbare Konfliktsituation nicht vorlag, strafmildernd zu berücksichtigen sein. Hinzu kam hier, dass ein ‚heimtückisches‘ Handeln für T unausweichlich war, weil er infolge seiner körperlichen Unterlegenheit dem gewalttätigen, furchteinflößenden O nicht offen gegenüber treten konnte; er wäre dabei in Lebensgefahr geraten. Dies lässt die grundsätzlich zu Recht angenommene Tatalternative der heimtückischen Tötung in einem milderem Licht erscheinen.“

- (2) Ich halte jedoch auch beim Mordmerkmal der Heimtücke eine (positive oder negative) **Typenkorrektur** für vorzugswürdig, so dass nur derjenige gemäß § 211 heimtückisch tötet, der im Verhältnis zum Totschläger des § 212 besonders verwerflich handelt. Wie bereits das Merkmal der Tücke innerhalb des Begriffs der Heimtücke zeigt, ist für das Merkmal der Heimtücke typisch, dass der Täter ein ihm gerade vom Opfer entgegengebrachtes Vertrauen ausnutzt (K.H. Mayer JR 1986, 133; Jakobs JZ 1984, 987). Daher liegt noch keine Heimtücke vor, wenn der Täter nur das Überraschungsmoment ausnutzt: *Heimlich* ist nicht bereits *heimtückisch*. Der Täter muss vielmehr besonders verwerflich, hinterhältig vorgehen; es genügt daher nicht, dass er das „normale“ Vertrauen ausnutzt, das das Opfer jedermann entgegenbringt. Das für die Heimtücke erforderliche besondere Vertrauen entsteht durch „sozialfreundliche Kontakte“, wie sie unter Familienmitgliedern oder guten Freunden bestehen; andererseits kann auch in der Familie oder sonstigen „institutionalisierten Vertrauensbeziehungen“ ein derartiges Vertrauen, z.B. durch herzliche Abneigung, entfallen.

Anmerkung: Das Bundesverfassungsgericht hatte eine derartige Einschränkung des Heimtückebegriffs durch das Merkmal des verwerflichen Vertrauensbruchs für denkbar gehalten, die Entscheidung über die Art der erforderlichen Einschränkung aber der Rechtsprechung überlassen wollen. Der Große Strafsenat des BGH hat im „Türkischen Onkel“-Fall (BGH GSSt 30, 105 später in BGH NStZ RR 2007; 106) eine derartige Einschränkung jedoch abgelehnt, weil der Vertrauensbegriff zu vielschichtig sei (ebenfalls ablehnend Wessels/Beulke, § 2 III, der das Merkmal des „Ausnutzens“ stärker betonen will).

Daraus ergibt sich in der Klausur für die heimtückische Tötung folgender **Aufbau**:

I. Objektiver Tatbestand

- 1) Mensch
- 2) töten
- 3) Heimtücke:
 - a) Opfer ist aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos
 - b) Verwerflicher Vertrauensbruch des Täters

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) Vorsatz des Täters, einen Menschen zu töten
- 2) Bewusstes Ausnutzen der durch Arglosigkeit geschaffenen Wehrlosigkeit

b) Grausam

Grausam tötet derjenige, der dem Opfer bei dessen Tötung körperliche oder seelische Schmerzen zufügt, die nach Intensität und Dauer weit über den Todesschmerz hinausgehen, der mit einer Tötung an sich verbunden ist (BGH NStZ 2008, 29). Dabei kann die besondere Grausamkeit der Tötung auch darin liegen, dass der an sich schmerzlosen Tötung quälende seelische Leiden vorangehen.

Beispiel nach BGH JZ 1984, 995: Der Täter bereitet die Tötung des gefesselten Opfers in dessen Beisein in aller Seelenruhe vor.

Auch in einem garantenwidrigen **Unterlassen der möglichen Abwendung von übermäßigen Schmerzen** kann Grausamkeit liegen, z.B. beim Verhungern- oder Verdurstenlassen von Kleinkindern (BGH NStZ RR 2009, 173), wobei allerdings der Quälungsvorsatz besonders sorgfältig geprüft werden muss.

Auf der objektiven Seite setzt das Merkmal der Grausamkeit aber stets voraus, dass das Opfer die körperlichen oder seelischen Schmerzen auch empfunden hat. Dies wäre bei an sich starken psychischen Qualen nicht der Fall, wenn das Opfer aufgrund fortschreitender Geisteskrankheit bereits stark abgestumpft ist; bei körperlichen Qualen entfällt das Mordmerkmal der Grausamkeit, wenn das Opfer sofort bewusstlos geworden ist. Hier liegt allerdings Totschlag gemäß § 212 in Tateinheit mit versuchtem Mord gemäß den §§ 211, 22 vor, wenn das Opfer entgegen der Vorstellung des Täters sofort bewusstlos geworden ist, der Täter das Opfer also eigentlich grausam töten wollte.

Auf der subjektiven Seite genügt es, dass der Täter die Zufügung erheblicher Qualen billigend in Kauf nimmt (BGH NJW 1988, 2682). Da die Mordmerkmale aber restriktiv interpretiert werden müssen, schränkt man das Merkmal der Grausamkeit dadurch ein, dass der Täter **aus einer rohen unbarmherzigen Gesinnung heraus** handeln muss (BGH NStZ RR 2009, 173; LK-Jähnke § 211 Rz. 55). Dies ist aber regelmäßig bereits dann der Fall, wenn der Täter dem Opfer die Schmerzen in Kenntnis ihrer Wirkung zufügt; an diesem einschränkenden Merkmal fehlt es jedoch, wenn der Täter versehentlich ein Mittel (z.B. ein langsam wirkendes Gift) einsetzt, das dem Opfer erhebliche Qualen zufügt. Auch wenn der Täter im Affekt tötet, kann die entsprechende rohe unbarmherzige Gesinnung entfallen, weil sich der Täter den qualvollen Tod des Opfers in seinem Affekt gar nicht bewusst macht (BGH MDR 1987, 623).

Daraus ergibt sich für die Klausur folgender **Prüfungsaufbau**:

I. Objektiver Tatbestand

- 1) Mensch
- 2) töten
- 3) unter Zufügung erheblicher seelischer oder körperlicher Qualen

II. Subjektiver Tatbestand

- 1) Vorsatz bzgl.
 - a) Mensch
 - b) töten
 - c) Zufügung erheblicher Qualen
- 2) aus einer rohen und unbarmherzigen Gesinnung heraus

c) Mit gemeingefährlichen Mitteln

- aa) **Der Täter setzt zur Tötung eines bestimmten Opfers ein Mittel ein, das er in dieser Situation aufgrund der Wirkungsweise des Mittels oder aufgrund fehlender persönlicher Fähigkeiten nicht beherrscht, so dass er über das Opfer hinaus eine Mehrzahl von Menschen gefährdet hat** (BGH NStZ 2006, 168; 503/vorsätzliche „Geisterfahrt“; 2007, 330; St 34, 13, 14). Dabei genügt die **abstrakte Gefährlichkeit** in dieser konkreten Situation; es kommt für die Strafschärfung zum Mord nicht darauf an, dass in der konkreten Situation Dritte am Tatort waren, die hätten gefährdet werden können. Der Grund der Strafschärfung liegt allein darin, dass der Täter objektiv eine unberechenbare Gefahr für andere schafft und deren Gefährdung auch subjektiv billigend in Kauf nimmt, also besonders rücksichtslos auch gegen das Leben Dritter vorgeht.

Beispiel: Der Täter tötet das Opfer durch eine Bombe oder durch Brandstiftung.

Gegenbeispiel: Der Täter tötet nicht mit gemeingefährlichen Mitteln, wenn er weiß, dass das Opfer in dem angezündeten Haus ganz allein lebt und dass daher eine Gefährdung anderer Personen völlig ausgeschlossen ist.

- bb) Der Täter tötet auch dann nicht mit gemeingefährlichen Mitteln, wenn er lediglich ein gemeingefährliches Mittel zur Tatbegehung ausnutzt, die Gefahrenlage aber nicht selbst geschaffen hat.

Beispiel: Ein Wohnhaus hat sich durch einen Blitzeinschlag entzündet. Der Sohn lässt den Vater im Haus verbrennen, obwohl er ihn hätte retten können.

- cc) Ebenso wenig tötet derjenige mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen, der die gefährliche Situation zwar selbst geschaffen hat, dabei aber keinen Tötungsvorsatz hatte und anschließend die gefährliche Situation nur noch ausnutzt (BGH HRRS 2009, Nr. 671).

- dd) Auf eine Merkwürdigkeit dieses Mordmerkmals weist Arzt in LH 1, Rz. 122 hin: Wirft der Täter eine Bombe in ein Lokal, um *einen* Gast zu töten, wird er gemäß § 211 wegen Mordes bestraft, weil er die anderen Gäste gefährdet hatte. Wollte der Täter *alle* Gäste töten, begeht er einen Totschlag, weil er über die anvisierten Opfer hinaus niemanden gefährdet.

3. Gruppe: Zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat**a) Um eine andere Straftat zu ermöglichen**

- aa) Handelt der Täter bei der Tötung des Opfers in der Absicht (dolus directus 1. Grades), weiteres kriminelles Unrecht zu verwirklichen, so macht diese Absicht des Täters aus dem Totschlag einen Mord. Als Tat, die durch die Tötung des Opfers ermöglicht werden soll, kommt jeder Straftatbestand des StGB in Betracht. Eine Ordnungswidrigkeit genügt jedoch ebenso wenig wie ein zwar verwerfliches, aber nicht strafbares Verhalten (BGH St 28, 93; NStZ / E 81, 430). Es ist allerdings gleichgültig, ob durch die Tötung die Straftat des Täters oder die eines Dritten ermöglicht werden soll (BGH VRS 23, 207). Die andere Tat, die ermöglicht werden soll, muss zur Zeit der Tötung des Opfers das Versuchsstadium noch nicht erreicht haben; andererseits darf sie zur Zeit der Tötung des Opfers noch nicht beendet sein (LK-Jähnke § 211 Rz. 9).

- bb) In diesem Zusammenhang ist auch ein Mord durch Unterlassen möglich, wenn der Täter das Opfer sterben lässt, weil er in dem Opfer ein Hindernis für das Gelingen der anderen Straftat sieht. Es genügt aber nicht, dass der Täter das Opfer nur deshalb sterben lässt, weil die Rettung des Opfers aus Zeitgründen den Erfolg der Tat gefährdet hätte.

cc) Die Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen, ist ein **täterbezogenes Merkmal**; haben sich mehrere an der Tötung beteiligt, so gilt für jeden Beteiligten **§ 28 II**. Dies führt in der Klausur zu folgenden Konsequenzen:

(1) Der Beteiligte nimmt nur am Totschlag teil, wenn er selbst keine andere Straftat ermöglichen wollte.

Beispiel: T besorgt dem H die Waffe, mit der H das Opfer O tötet. T weiß, dass H im Anschluss die jetzt unbewohnte Villa des O ausräumen will, will sich aber an dieser Anschlussstat nicht beteiligen. H wird wegen Mordes gemäß § 211, T wegen Beihilfe zum Totschlag gemäß den §§ 212, 27 bestraft.

(2) Andererseits macht sich der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Mord strafbar, wenn er den Haupttäter zu einem Totschlag anstiftet oder ihm hilft, weil er im Anschluss an den Tod des Opfers selbst eine andere Straftat begehen will.

Beispiel: A hatte den H zur Tötung des O angestiftet, um selbst nach dem Tod des O dessen Villa ausräumen zu können. H wird wegen Totschlags gemäß § 212, A wegen Anstiftung zum Mord gemäß den §§ 211, 26 bestraft.

b) Um eine andere Straftat zu *verdecken*

Die Verdeckungsabsicht in ein gesetzlich geregelter Fall eines niedrigen Beweggrundes: Der Täter opfert ein Menschenleben, um eine eigene oder fremde Straftat zu verdecken, wobei das besonders egoistische Motiv sowie die überdurchschnittliche Gefährlichkeit des Täters die Strafe schärfen.

aa) Objektiv muss es sich auch hier bei der zu verdeckenden Tat um eine **Straftat** im Sinne des Strafgesetzes handeln. Es ist allerdings gleichgültig, ob der Täter die andere Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat, die Tat versucht oder vollendet ist oder ob der Täter durch die Tötung des Opfers seine eigene Tat oder die Tat eines Dritten verdecken will.

Eine Verdeckungsabsicht setzt aber nicht voraus, dass der Täter für den Fall des Bekanntwerdens seiner Vortat mit einer Strafverfolgung rechnet. Es genügt für seine Verdeckungsabsicht, dass er außerrechtliche Konsequenzen vermeiden will (BGH NStZ 1999, 615).

Beispiel: Die Ehefrau tötet den Zeugen ihrer Vortat, weil sie befürchtet, bei einer Enttarnung von ihrem Ehemann verlassen zu werden.

bb) Im subjektiven Tatbestand ist für die Verdeckungsabsicht ein **zielgerichtetes Handeln** des Täters erforderlich (BGH NStZ 1996, 81; BGHSt 15, 293; StV 1988, 62), aber auch genügend. Das bedeutet, dass der vom Täter beabsichtigte Erfolg der Verdeckung einer anderen Tat nicht unbedingt eingetreten sein muss. Zur Verdeckung einer Straftat tötet auch derjenige, der gar keine andere Straftat begangen hat, weil sein Verhalten nicht tatbestandsmäßig, gerechtfertigt oder entschuldigt war; gleiches gilt, wenn die andere Tat, die der Täter verdecken wollte, bereits verjährt war. **Es genügt also für die Verdeckungsabsicht, dass der Täter einen vermeintlich bestehenden staatlichen Strafanspruch durch die Tötung des Opfers vereiteln will** (BGHSt 11, 226).

Beispiel: Der Täter hält die objektiv durch Notwehr gedeckte Körperverletzung des Opfers irrig für strafbar und tötet das Opfer, um einen Zeugen der „Tat“ zu beseitigen.

Dies bedeutet aber auch im umgekehrten Fall, dass der Täter nicht in Verdeckungsabsicht tötet, der irrig davon ausgeht, wegen der anderen Tat nicht bestraft werden zu können, weil er sie irrig für nicht tatbestandsmäßig, gerechtfertigt oder entschuldigt hält.

Beispiel: Der Täter war vom Opfer beleidigt worden und hatte das Opfer daraufhin zusammengeschlagen. Er hält zwar seine Körperverletzung für gerechtfertigt, doch tötet er das Opfer, weil er glaubt, die vorangegangene Beleidigung und damit die Voraussetzungen seines vermeintlichen Rechtfertigungsgrundes nicht beweisen zu können.

cc) **Die Verdeckungsabsicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Vortat als solche bereits (tatsächlich oder vermeintlich) entdeckt ist, solange es dem Täter darauf ankommt, seine eigene Täterschaft zu verbergen** (BGH GA 1979, 108). Dies setzt aber voraus, dass der Täter bei der Tötung des Opfers subjektiv davon ausgeht, dass er selbst als Täter der Vortat noch nicht identifiziert ist. Glaubt der Täter, dass seine Tatbeteiligung den Strafverfolgungsbehörden bereits bekannt ist und will er sich durch die Tötung des Opfers nur einen zeitlichen Vorsprung auf der Flucht sichern oder der Festnahme entziehen, so scheidet eine Verdeckungsabsicht aus; in derartigen Fällen kommt aber ein sonstiger „niedriger Beweggrund“ i.S.d. 1. Gruppe in Betracht (BGH NJW 1999, 1039, 1040).

Beispiel: Der Täter schießt auf der Flucht auf einen Verfolger und nimmt dabei billigend dessen Tod in Kauf.

dd) Streitig ist jedoch, ob der Täter den *Todeserfolg* als Mittel der Verdeckung einsetzen muss oder ob es genügt, dass die verdeckende *Handlung* an sich das Mittel der Verdeckung und der Todeserfolg nur eine - unbeabsichtigte, aber gebilligte - Nebenfolge der Verdeckungshandlung ist. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir zwischen 2 Fallgruppen unterscheiden:

(1) Regelmäßig tötet der Täter das Opfer, weil er gerade von diesem Opfer die Entdeckung seiner Vortat befürchtet. In diesem Fall ist die Tötung das Mittel der Verdeckung und die Verdeckungsabsicht unproblematisch gegeben.

Beispiel: Der Täter tötet das Opfer der Vortat, um dessen belastende Zeugenaussage zu verhindern.

(2) Ist der Tod des Opfers aus Sicht des Täters nicht das notwendige *Mittel*, sondern nur die mögliche **Folge der verdeckenden Tathandlung**, so ist die Lösung umstritten.

Fall: Der Täter tötet im Streit den Bewohner eines Mehrfamilienhauses in dessen Wohnung. Um die Spuren der Tat zu beseitigen, zündet er das Haus an und nimmt dabei den Tod der übrigen Bewohner billigend in Kauf. Hat er die übrigen Bewohner auch dann in Verdeckungsabsicht getötet bzw. töten wollen, wenn er wusste, dass diese ihn ohnehin nicht würden identifizieren können?

(a) Nach einer Ansicht (Schönke/Schröder/Eser § 211 Rz. 31) handelt nur der Täter in Verdeckungsabsicht, der gerade vom getöteten Opfer die Entdeckung der Vortat befürchtet. Ist der Tod des Opfers nicht das Mittel, sondern nur die - gebilligte - Folge der eigentlichen Verdeckungshandlung, liegt eine Verdeckungsabsicht nicht vor.

Folgt man dieser Ansicht, hätte T keine Verdeckungsabsicht gehabt, weil und solange er von den übrigen Mitbewohnern keine ihn belastende Zeugenaussage zu befürchten hatte.

(b) Nach der Gegenauffassung (BGH NJW 1999, 1039, 1040; 1996, 939; Lackner/Kühl § 211 Rz. 15 m.w.N.) genügt es für die Verdeckungsabsicht, dass die zum Tod führende *Handlung* (hier: das Anzünden des Hauses) das Mittel der Verdeckung ist. Es tötet also auch der in Verdeckungsabsicht, der vom Opfer selbst nichts zu befürchten hat und dies zur Zeit der Tat auch weiß.

Dazu der BGH in NJW 1996, 939: „Für die Auslegung des Merkmals ‚Verdeckungsabsicht‘ ist entscheidend, ob ‚töten‘ nur den *Tötungserfolg* des Opfers meint, das zum Entdecker der Tat werden könnte, oder ob auch jeder andere Opfer der zum Tod führenden *Handlung* des Vortäters sein kann. Das Merkmal ‚töten‘ umfasst jede vorsätzliche Tötung eines beliebigen Menschen. Ob der Täter durch die Tötung zum Mörder wird, hängt beim Merkmal der Verdeckungsabsicht von seiner Motivation ab. Hat er gehandelt, um eine Tat zu verdecken, so ist er Mörder, egal, wer das Opfer ist. Mittel der Verdeckung ist der vom Täter in Gang gesetzte Kausalverlauf, der dazu dienen soll, die vorangegangene Tat nicht zu offenbaren, wenn diese Handlung zum Tod eines Menschen führt.“

KL-Klausurtyp: Die besondere Verwerflichkeit, zur Verdeckung über Leichen zu gehen, hängt also nicht davon ab, wer die Leiche ist. Es handelt nicht nur der erhöht verwerflich, der den vermeintlichen Entdecker der Vortat tötet, sondern auch der, der bei der verdeckenden Handlung den Tod von unbeteiligten und unwissenden Dritten billigend in Kauf nimmt.

Problem: Gibt es eine Verdeckungsabsicht bei doppelt spontanem Tatentschluss?

Fall: Täter T gerät mit dem Opfer O in Streit und schlägt das Opfer O zusammen. Plötzlich überkommt ihn die Angst, O könne ihn wegen der vorangegangenen Körperverletzung anzeigen; um dies zu verhindern, tötet er ihn.

Die Verdeckungsabsicht setzt keine ausführliche Planung der Tat voraus und kann daher auch dann vorliegen, wenn sowohl Vortat (z.B. Körperverletzung) als auch Tötung des Opfers jeweils spontan erfolgten. Die Verdeckungsabsicht muss den sonstigen niedrigen Beweggründen unter Wertungsgesichtspunkten gleichgestellt werden. Vortat und Verdeckungstötung können somit nicht einfach zu einer einzigen Tat im Rechtssinn verklammert werden, da dies automatisch zur Folge hätte, dass Verdeckungsabsicht entfielen, weil es jetzt keine „andere“ Tat mehr gäbe, die der Täter durch die Tötung des Opfers verdecken könnte. Auch wenn die zu verdeckende Tat bereits gegen Leib und Leben des Opfers gerichtet war und unmittelbar in die Tötung des Opfers übergang, kommt eine Verdeckungsabsicht in Frage (BGH St 35, 116). Es muss vielmehr in Form einer **Gesamtbewertung aller Tatumstände** festgestellt werden, ob das Motiv des Täters den sonstigen niedrigen Beweggründen vergleichbar ist, so dass auch bei festgestellter Verdeckungsabsicht die Annahme eines Mordes entfallen kann (BGH St 35, 127). Dies ist dann der Fall, wenn trotz der Verdeckungsabsicht des Täters wegen der Gesamtumstände der Tat die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe unverhältnismäßig wäre.

II. Täterschaft und Teilnahme bei Mord und Totschlag**1) Täterschaft**

Täter des Mordes bzw. Totschlags kann jedermann sein. Haben sich mehrere an der Tat beteiligt, so stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien man Täter und Teilnehmer voneinander unterscheidet. Hier werden mit zahlreichen Abweichungen im Detail 2 grundsätzliche Positionen vertreten (detailliert dazu Langels StGB AT 2 5. Teil):

a) Subjektive Theorie: Animus auctoris / socii

Nach der subjektiven Theorie entscheidet die innere Einstellung des Tatbeteiligten darüber, ob er Täter oder Teilnehmer ist: **Täter ist der, der die Tat als eigene will; Teilnehmer ist, wer sich an einer für ihn fremden Tat beteiligen will.** In ihrer früher vertretenen extremen Form führte die subjektive Theorie aber dazu, dass ohne Rücksicht auf den geleisteten Tatbeitrag derjenige nur Teilnehmer war, der kein eigenes Interesse am Täterfolg hatte. Auch der Beteiligte, der das Opfer eigenhändig getötet und dadurch sämtliche Tatbestandsmerkmale des Totschlags in eigener Person verwirklicht hatte, konnte demnach Gehilfe zur fremden Tat sein (Badewannenfall RG St 74, 84; Staschynskij-Fall BGH St 18, 87).

An dieser Stelle möchte ich aber darauf hinweisen, dass sowohl das RG als auch der BGH in beiden Fällen allein deshalb eine Teilnahme angenommen haben, um die im Einzelfall als unverhältnismäßig angesehene lebenslange Freiheitsstrafe als Rechtsfolge vermeiden zu können. Einer derart extremen Form der subjektiven Theorie ist aber durch die Neufassung des § 25 der Boden entzogen. Nach § 25 I ist unabhängig von der inneren Einstellung derjenige Täter, der das Opfer tötet und dadurch die Tatbestandsmerkmale des § 212 bzw. § 211 in seiner Person verwirklicht. Erscheint aufgrund der Gesamtumstände der Tat die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe trotz der Verwirklichung eines Mordmerkmals unangemessen, so wählt die Rspr. (BGH GSSt 30, 105) den Weg über eine Rechtsfolgenlösung; der Täter wird wegen Mordes zu einer zeitlich begrenzten Freiheitsstrafe verurteilt, indem man die Rechtsfolge unter Anwendung von § 49 I mildert. Vorzugswürdig erscheint jedoch der Weg über eine (positive oder

negative) Typenkorrektur der Mordmerkmale, so dass der Täter erst gar nicht wegen Mordes bestraft werden würde; die Frage der - bei Mord zwingend vorgeschriebenen - lebenslangen Freiheitsstrafe als Rechtsfolge würde sich dann gar nicht erst stellen (s.o. Vorbemerkung 3 zu § 211).

b) Die Tatherrschaftslehre

Nach der in der Literatur ganz herrschenden Tatherrschaftslehre ist derjenige Täter, der die Tatherrschaft über den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf hat, das Geschehen also so beherrscht, dass er über das „Ob“ und „Wie“ der Tat maßgeblich entscheiden kann und somit die Zentralgestalt des Geschehens ist. Dabei kann man zwischen folgenden Formen der Tatherrschaft entscheiden:

- aa) Der **Alleintäter** hat Handlungsherrschaft, weil er durch die Verwirklichung sämtlicher objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale das Geschehen beherrscht. Wie wir oben aber bereits gesehen haben, ist die Frage der Täterschaft desjenigen, der sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, nicht mehr streitig.
- bb) Der **mittelbare Täter** lässt das Opfer durch ein menschliches Werkzeug töten, das er aufgrund eines überlegenen Wissens beherrscht. Da das Werkzeug nicht weiß, was es tut, beherrscht der Hintermann das Geschehen. Arbeiten Sie die damit verbundenen Probleme bitte anhand der ausführlichen Darstellung in StGB AT § 31 nach:
- Der Täter benutzt das Opfer als Werkzeug gegen sich selbst:
 - Tatherrschaft durch Täuschung (z.B. Sirius-Fall BGH St 32, 28)
 - Tatherrschaft durch Motivirrtum des Werkzeugs
 - Tatherrschaft durch Drohung
 - Der Täter hinter dem Täter
 - Tatherrschaft bei vermeidbarem Verbotsirrtum des Werkzeugs (Katzenkönig- Fall BGH NJW 1989, 912; Mauerschützenfall BGH NJW 1994, 2703)
 - Irrige Annahme der Tatherrschaft bzw. Irrtum über die eigene Tatherrschaft
- cc) Der **Mittäter** hat **funktionelle Tatherrschaft**, weil er aufgrund eines gemeinsam gefassten Tatplans so wesentliche Beiträge leistet, dass die Tat ohne diesen Beitrag in dieser Form nicht hätte begangen werden können. Die mittäterschaftliche Tötung setzt dabei nicht notwendigerweise voraus, dass der Mittäter das Opfer eigenhändig getötet hat. Auch ist eine mittäterschaftliche Begehung nicht dadurch gehindert, dass der eine Mittäter einen Mord, der andere einen Totschlag gemäß § 212 begeht. Dies ergibt sich auf dem Boden der (vorzugswürdigen) Ansicht der Lehre bereits aus der Anwendung des § 28 II, doch hat dies auch der BGH anerkannt (BGH St 36, 231), obwohl ja nach dessen Ansicht Mord und Totschlag 2 verschiedene Tatbestände sind.
- Beispiel:** A und B töten in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken das Opfer O. A hatte dabei aus Habgier gehandelt, weil er O beerben wollte. B hatte dies zwar gewusst, aber ausschließlich aus Freundschaft mitgewirkt. A wird wegen Mordes gemäß § 211, B wegen Totschlags gemäß § 212 bestraft.

2) Teilnahme

Bei der strafrechtlichen Beurteilung des Teilnehmers ist das Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander von Bedeutung.

a) Die Position der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung sieht in Mord und Totschlag 2 voneinander unabhängige Tatbestände, so dass die Mordmerkmale des § 211 die Strafe des Täters iSd § 28 I begründen.

Weiterhin stuft der BGH die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe als täterbezogene Merkmale, die Merkmale der 2. Gruppe als tatbezogene Merkmale ein. Dies führt in der Klausur zu folgenden Konsequenzen:

- Verwirklicht der Täter ein tatbezogenes Mordmerkmal der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln), so nimmt der Teilnehmer an der Tat des Haupttäters teil, wenn er dessen Mordmerkmal kennt.
- Liegt ein Mordmerkmal der 1. oder 3. Gruppe vor (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier, zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat, sonstige niedrige Beweggründe), so gilt § 28 I: Kennt der Teilnehmer das Mordmerkmal des Haupttäters, so nimmt er am Mord teil, doch wird seine eigene Strafe über § 28 I gemildert, wenn ihm dieses Mordmerkmal fehlt.

b) Der Standpunkt der Lehre

Nach h.L. ist der Mord die Qualifikation des Totschlags, so dass die Mordmerkmale des § 211 die Strafe des Täters iSd § 28 II *schärfen*. Die systematische Einordnung der jeweiligen Mordmerkmale ist jedoch umstritten.

- aa) Die Mordmerkmale der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln) sind nach Wessels (§ 2 IV) und Welzel (Lb 285) allesamt unrechtssteigernde tatbezogene Merkmale, die das äußere Bild der Tat prägen und damit primär den Verhaltensunwert der Tat prägen. Roxin (LK-Roxin § 28 Rz. 49, 50) zählt das Merkmal grausam dagegen zu den täterbezogenen Merkmalen, da der Täter aus roher unbarmherziger Gesinnung handeln muss und diese Gesinnung ein täterbezogenes Merkmal ist. Eser (Schönke/Schröder/Eser § 211 Rz. 49) und Herzberg (ZStW 88, 105) stufen auch die Heimtücke wegen des persönlichen Vertrauensverhältnisses des Täters zum Opfer als täterbezogenes Merkmal ein.

Konsequenzen: Sieht man in den Merkmalen „grausam“ und „heimtückisch“ täterbezogene Merkmale, so gilt § 28 II: Das jeweilige Merkmal wird nur dem Beteiligten zugerechnet, der in eigener Person heimtückisch oder grausam handelt. Sieht man in den Mordmerkmalen der 2. Gruppe tatbezogene Merkmale, so ist § 28 unanwendbar. Dies hat zur Folge, dass dem Beteiligten das Merkmal bereits dann zugerechnet wird, wenn er weiß, dass der andere Tatbeteiligte heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln tötet.

Beispiel: T besorgt dem Haupttäter H aus Freundschaft eine Pistole. T weiß, dass H damit das Opfer O heimtückisch töten wird. Da T in seiner Person nicht heimtückisch handelt, liegt bei ihm das Mordmerkmal nicht vor.

- Sieht man in der Heimtücke ein tatbezogenes Merkmal, so gelten die Regeln der Akzessorietät: T weiß, dass H mit seiner Hilfe heimtückisch tötet und nimmt daher gemäß den §§ 211, 27 am Mord des H teil.
- Hält man die Heimtücke für ein täterbezogenes Merkmal, so wird die Regel der Akzessorietät durch § 28 II durchbrochen: Da T selbst nicht heimtückisch handelt, nimmt er nur am Totschlag teil, der im Mord des H als Grundtatbestand enthalten ist.

- bb) **Die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe sind täterbezogene persönliche Merkmale.** Hier ist jedoch umstritten, ob es sich um Tatbestandsmerkmale oder um spezielle Schuldmerkmale handelt.

- (1) Nach einer Ansicht (SK-Horn § 211 Rz. 3 m.w.N.) sind die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe subjektive Tatbestandsmerkmale, die nur das Unrecht der Tat, aber nicht die Schuld des Täters steigern. Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit setzt lediglich voraus, dass der Täter das Unrecht der Tat hätte erkennen und sich dementsprechend hätte motivieren können. Nach dieser Ansicht gibt es daher keine Merkmale, die speziell die Schuld als Vorwerfbarkeit steigern.

Folgt man dieser Ansicht, gilt bei der Beteiligung mehrerer die Norm des § 28 II: Bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe nimmt nur derjenige am Mord teil, der eines der dort genannten Merkmale in eigener Person verwirklicht.

(2) Nach anderer Auffassung (Wessels § 2 IV; Schmidhäuser I 278; jeweils m.w.N.) handelt es sich bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe um spezielle Schuldmerkmale, da sie nicht lediglich Reflex des Unrechts sind, sondern unmittelbar und ausschließlich den Gesinnungswert des Täterverhaltens charakterisieren. Nach dieser Ansicht gilt also für die Beteiligung mehrerer nicht § 28 II; sondern § 29: Jeder Beteiligte wird unabhängig von der Schuld des anderen nach dem Maß seiner eigenen Schuld bestraft, soll heißen: Bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe hat sich nur derjenige am Mord beteiligt, der sich aus einem der dort genannten Motive an der Tötung des Opfers beteiligt hat.

AL-Klausurtipp: Der Streit, ob es sich um Tatbestandsmerkmale oder spezielle Schuldmerkmale handelt, kann aber dahinstehen, da man nach beiden Ansichten zu gleichlautenden Ergebnissen gelangt: Der Beteiligte nimmt gemäß § 28 II bzw. § 29 nur an der Tat teil, die er als Täter selbst begangen hat (Täter) oder begangen hätte (Teilnehmer)!

Beispiel: T hat dem Haupttäter H eine Pistole besorgt. T weiß, dass H mit dieser Waffe seinen Erbonkel H aus Habgier töten wird. Da T in seiner Person nicht habgierig handelt, nimmt T über die Anwendung des § 28 II bzw. § 29 gemäß den §§ 212, 27 nur am Totschlag teil, der im Mord des H enthalten ist.

§ 2 Trainingsprogramm zur Tatbeteiligung an Mord und Totschlag

Die Fülle der denkbaren Fallvarianten und der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten verliert viel von ihrem Schrecken, wenn man die Fallgruppen wie folgt systematisiert.

I. Der Haupttäter verwirklicht ein Mordmerkmal. Der Teilnehmer kennt weder das Mordmerkmal des Haupttäters noch verwirklicht er eines der Mordmerkmale in eigener Person.

Fall: T hatte seinem Freund H aus Gefälligkeit eine Pistole besorgt. H tötet damit aus Habgier seinen Erbonkel O, wobei T nicht wusste, dass H habgierig sein würde.

1) Rechtsprechung

Würde die Rechtsprechung ihren Standpunkt, dass Mord und Totschlag 2 voneinander unabhängige Tatbestände sind, konsequent durchhalten, so würde sie hier in Schwierigkeiten geraten:

- Am Mord hatte sich T nicht beteiligen wollen, so dass eine Bestrafung gemäß den §§ 211, 27 nicht in Betracht kommt.
- Den Totschlag, den T fördern wollte, hätte H nach Ansicht des BGH ja gar nicht begangen, so dass nur eine versuchte Teilnahme des T übrig bliebe, die aber im Bereich der versuchten Beihilfe (im Gegensatz zur versuchten Anstiftung / § 30 I) straflos ist. T bliebe straflos, wenn er das Mordmerkmal des H nicht kennt!

Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht vermitteln. Der BGH kommt hier ohne nähere Begründung zu einer Strafbarkeit wegen Teilnahme am Totschlag gemäß den §§ 212, 27.