

nie vorkommt. Die Strafzumessungsvorschrift hat keine Auswirkung auf den Verbrechenscharakter des § 212 StGB (§ 12 Abs. 3 StGB).

66 „Ohne eigene Schuld“ bedeutet, dass der Täter keinen ihm vorwerfbaren Grund für die Provokation gegeben hat (*Rengier*, BT II, § 3 Rdn. 22). „Auf der Stelle zur Tat hingerissen“ ist der Betreffende nicht nur bei Spontantaten, vielmehr ist entscheidend, ob die Kränkung oder Reizung im Tatzeitpunkt noch angehalten hat, also ein „motivationspsychologischer Zusammenhang“ besteht (BGH, NStZ 1995, 83), die Provokation folglich (zumindest auch) Tatmotiv war. Der unbenannte minder schwere Fall findet sich in § 213 Var. 2 StGB („sonst ein minder schwerer Fall“).

67 Auch bei § 212 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine **Strafzumessungsvorschrift** (Totschlag in einem besonders schweren Fall). Sie kann zum Beispiel bei der Mehrfach-tötung (siehe dazu auch Rdn. 131) verwirklicht sein. Das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters muss bei § 212 Abs. 2 StGB so außergewöhnlich groß sein, dass die Ahndung aus dem Normalstrafrahmen nicht mehr ausreicht (BGH, BeckRS 2021, 35444).

## II. Mord gemäß § 211 StGB

### 1. Allgemeines

68 In **geschichtlicher Hinsicht** bestrafte § 211 a. F. RStGB von 1871 als Mörder denjenigen mit dem Tod, der vorsätzlich einen Menschen getötet hatte, falls er die Tötung „mit Überlegung“ ausgeführt hatte. Darunter war ein vom Vorsatz zu unterscheidender Aspekt gemeint, wonach der Täter die für und gegen die Tat sprechenden Beweggründe abwägt, bevor er zur Tat schreitet (RGSt 42, 260, 262; BGHSt 41, 72, 78). Aber auch das planmäßige Ausgestalten der Tat konnte von der Überlegung erfasst sein (*Rissing-van Saan*, LK<sup>12</sup>, StGB, Vor § 211 Rdn. 113). Problematisch war dabei die mit dem Merkmal einhergehende Unbestimmbarkeit.

69 Seine heutige Ausprägung hat die Mordvorschrift im Wesentlichen durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4.9.1941 (RGBl. I, 549) erhalten, indem bestimmte täter- und tatbezogene Merkmale aufgelistet werden. Art. 50 Abs. 2 des von *Carl Stooss* ausgearbeiteten Vorentwurfs für ein Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1894 hatte den Mord bereits mit ähnlichen Kriterien verbunden („Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittelst Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines andern Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft“. Dieser Vorentwurf wurde in der Schweiz nicht in geltendes Recht umgesetzt).

70 Nationalsozialistisches Gedankengut kommt aber in § 211 StGB dadurch zum Ausdruck, dass Formulierungen verwendet werden wie „Mörder ist ...“ (siehe auch § 212 StGB: „ohne Mörder zu sein“), denn hierbei handelt es sich um eine Abkehr des Tatstrafrechts hin zum Täterstrafrecht, indem die Strafbarkeit wegen Mordes primär vom Tätertyp abhängig ist. Richtigerweise hat dies jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob ein Mord vorliegt, keine Relevanz (das deutsche Strafrecht ist Tatstrafrecht), obwohl der Gesetzeswortlaut insofern bis heute unverändert geblieben ist. Zahlreiche Reformvorschläge existieren, sie sind aber nicht in geltendes Recht umgesetzt worden.

71 Stark umstritten zwischen Rechtsprechung und Schrifttum ist das Verhältnis des Mordes gemäß § 211 StGB einerseits zum Totschlag gemäß § 212 StGB andererseits.

72 Die überwiegende Auffassung im **Schrifttum** geht davon aus, dass **§ 212 StGB der Grundtatbestand** ist und **§ 211 StGB** dazu **die Qualifikation** (*Eser/Sternberg-Lieben*, Schönke/Schröder, StGB, Vor § 211 Rdn. 3, 5 f.; *Fischer*, StGB, § 211 Rdn. 6; *Lackner/Kühl*, StGB, Vor § 211 Rdn. 22). Hingegen meint der **BGH** in ständiger Rechtspre-

chung, dass es sich bei **Mord und Totschlag um jeweils selbstständige, voneinander unabhängige Tatbestände** mit verschiedenem Unrechtsgehalt handele (BGHSt 1, 368, 370; BGHSt 22, 375, 377; BGHSt 50, 1, 5).

Für die Sicht des BGH spricht zunächst, dass § 212 StGB vom Wortlaut die Formulierung „ohne Mörder zu sein“ enthält, was darauf hindeutet, dass ein qualitativer Unterschied zwischen dem Totschlag einerseits und dem Mord andererseits besteht und beide Taten selbstständig voneinander sind. Andererseits ist zu bedenken, dass diese Formulierung wie angesprochen Ausfluss der überkommenen Tätertypenlehre ist, die heute abgelehnt wird. Das deutsche Strafrecht ist Tatstrafrecht. Die Formulierungen „ohne Mörder zu sein“ und „Mörder ist“ haben bei der Prüfung der §§ 211, 212 StGB keine Bedeutung. 73

Berücksichtigt man dies, muss man sich im Klaren sein, dass § 211 StGB sämtliche Voraussetzungen des § 212 StGB enthält (Tötung eines anderen Menschen) und darüber hinaus noch weitere zusätzliche spezielle Merkmale, die zu einer Verschärfung der Strafe führen. Damit ist aber nichts anderes als die Definition für eine Qualifikation erfüllt. Zwar ist es richtig, dass § 211 StGB in systematischer Hinsicht vor § 212 StGB steht, was zumindest ungewöhnlich für das Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation ist (vgl. etwa §§ 223, 224 StGB oder §§ 242, 244 StGB). Damit soll aber letztlich nur die herausgehobene Bedeutung des § 211 StGB zum Ausdruck gebracht werden, ohne dass sich dadurch etwas im dogmatischen Verhältnis (§ 212 StGB als Grundtatbestand und § 211 StGB als Qualifikation) ändert. Im Übrigen geht die Rechtsprechung etwa auch davon aus (wenn das auch nicht überzeugt; siehe *Zieschang*, BT 2, Rdn. 789 ff.), dass § 249 StGB lex specialis zu §§ 253, 255 StGB ist, obwohl § 249 StGB vor §§ 253, 255 StGB steht. 74

Der Standpunkt der Rechtsprechung führt darüber hinaus zu Friktionen. So kann der BGH letztlich den Fall der „gekreuzten Mordmerkmale“ (siehe dazu Rdn. 220 ff.) nicht vollends überzeugend lösen. Auch hat die Rechtsprechung keine sachgerechte Lösung für den Fall parat, dass der Teilnehmer ein täterbezogenes Mordmerkmal aufweist, der Täter hingegen nicht (siehe Rdn. 220 f.). Schließlich agiert der BGH widersprüchlich, indem er es akzeptiert, dass ein Mittäter nach § 212 StGB, der andere nach § 211 StGB bestraft wird, also Mittäterschaft zulässt (BGHSt 36, 231), obwohl doch beide Strafvorschriften nach seiner Auffassung selbstständig sein sollen (siehe Rdn. 199). Letztlich räumt der BGH selbst ein, dass „der Unrechtsgehalt des § 212 StGB in § 211 StGB enthalten“ ist (BGHSt 36, 231, 235). Auch spricht BGHSt 41, 358, 362, von „Mordqualifikationen“ (siehe zudem etwa BGHSt 41, 8, 9: „Qualifikationsgrund“ der Verdeckungsmodalität; BGH, NStZ 2020, 614: „Qualifikation“ der gemeingefährlichen Mittel; BGH, NStZ 2006, 288, 290: Die vorsätzliche Tötung im Sinne des § 212 StGB sei „notwendiges Merkmal auch des § 211 StGB“). 75

Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente für die Meinung im Schrifttum, die **§ 212 StGB als Grundtatbestand** versteht und **§ 211 StGB als Qualifikation**. 76

Hinzuweisen ist darauf, dass zuweilen Bearbeiter in Prüfungsarbeiten das Verhältnis von §§ 212, 211 StGB diskutieren, obwohl dazu keine Veranlassung besteht. Steht Mord in Rede, beginnt man mit der Prüfung, ob sich der Betreffende „möglicherweise wegen Mordes gemäß § 211 StGB strafbar gemacht hat“. In diesem Obersatz braucht weder § 212 StGB erwähnt zu werden noch muss man sich an dieser Stelle mit dem Verhältnis von Mord und Totschlag auseinandersetzen. Auch vorangestellte Sätze wie „In der vorliegenden Arbeit wird davon ausgegangen, dass § 211 StGB die Qualifikation zu § 212 StGB ist“, sind verfehlt. Das gilt ebenso für die Formulierung „A könnte die Qualifikation des § 211 StGB erfüllt haben“ respektive „Fraglich ist, ob A den Grundtatbestand des § 212 StGB verwirklicht hat“, denn dann wird ohne Not zum strittigen Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander Stellung genommen. 77

Diskutieren muss man den Meinungsstreit nur (wie stets), wenn er für die Prüfung von Bedeutung ist und die Auffassungen im konkreten Fall zu unterschiedlichen Ergeb- 78

nissen gelangen. Das ist insbesondere (erst) im Zusammenhang mit § 28 StGB anzunehmen (siehe dazu im Einzelnen Rdn. 208 ff.), indem etwa der Täter ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht, was der Teilnehmer weiß, dieser aber selbst kein Mordmerkmal erfüllt; dann geht es um das Problem, ob im Hinblick auf den Teilnehmer § 28 Abs. 1 StGB Anwendung findet (so der BGH) oder § 28 Abs. 2 StGB (so das Schrifttum). Ist indes in einem Fall der Streit nicht relevant (etwa, weil es um tatbezogene Merkmale geht oder gar kein Teilnehmer existiert), muss man das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander auch nicht diskutieren.

79 § 211 StGB enthält zwei Arten von Mordmerkmalen, nämlich tatbezogene (objektive) und täterbezogene (subjektive). Bei den **tatbezogenen Merkmalen** handelt es sich um die **zweite Gruppe** der Mordmerkmale (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln). Die **erste Gruppe** (Tötung aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen) sowie die **dritte Gruppe** (um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken) enthalten die **täterbezogenen Merkmale**. Sie betreffen die Beweggründe für die Tat. Nur für diese täterbezogenen Merkmale ist § 28 StGB relevant (siehe Rdn. 203 ff.).

80 Diese Unterscheidung hat Bedeutung für den **Prüfungsaufbau des § 211 StGB**:

1. Objektiver Tatbestand

Tötung eines anderen Menschen (Täter, Tathandlung, Erfolgseintritt, Kausalität, objektive Zurechnung);

Vorliegen tatbezogener Merkmale (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln).

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz in Bezug auf die Tötung eines anderen Menschen;

Vorsatz in Bezug auf tatbezogene Merkmale (falls eines oder mehrere davon objektiv erfüllt sind);

Vorliegen täterbezogener Merkmale (Tötung aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen; Tötung, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken).

3. Rechtswidrigkeit

4. Schuld

81 Selbst in dem Fall, dass keines der tatbezogenen Mordmerkmale vorliegt, kann § 211 StGB gegeben sein, wenn ein täterbezogenes Merkmal zu bejahen ist. Natürlich gilt dies auch umgekehrt.

82 Hinzuweisen ist darauf, dass manche Autoren die täterbezogenen Mordmerkmale als besondere Schuldmerkmale verstehen und erst im Rahmen der Schuld ansprechen (*Jescheck/Weigend*, AT, § 42 I 2, II 2, 3). Auch das ist vertretbar.

83 Hinsichtlich des Erfordernisses der Tötung eines anderen Menschen kann auf die Darlegungen zu § 212 StGB verwiesen werden, die auch hier gelten (Rdn. 3 ff.). Einzugehen ist aber natürlich auf die Mordmerkmale.

## 2. Heimtückische Tötung

84 **Heimtücke liegt vor, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung in feindseliger Willensrichtung ausnutzt** (etwa BGH, BeckRS 2022, 12887).

85 Im Einzelnen sind in Bezug auf die Heimtücke folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

### a) Arglosigkeit

86 **Arglos** ist derjenige, der sich im Zeitpunkt des Tatbeginns **keines Angriffs auf Leib oder Leben versieht**. Tatbeginn ist dabei das unmittelbare Ansetzen zum Totschlags-

versuch gemäß § 22 StGB, also der Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs. Insofern geht es also um den Versuchsbeginn; in diesem Moment darf das Opfer nicht mit einem Angriff rechnen.

Besorgt das Opfer einen gewichtigen Angriff auf seine körperliche Integrität, ist es selbst dann nicht arglos, wenn es die Gefährlichkeit des erwarteten Angriffs unterschätzt (BGH, BeckRS 2022, 12887). Die Arglosigkeit entfällt zudem, wenn der Tötungshandlung eine in offener Feindschaft geführte Auseinandersetzung unmittelbar vorausgeht (BGHSt 27, 322, 324). Ein rein verbaler Streit steht der Annahme von Arglosigkeit aber nicht entgegen (BGH, NStZ-RR 2012, 371). Arglos ist regelmäßig derjenige nicht, der einen anderen erpresst und damit angreift, wenn sich der Angegriffene nunmehr wehrt und den Erpresser tötet (BGHSt 48, 207, 210; BGH, NStZ 2022, 288, 289 f.; kritisch *Küper*, GA 2006, 310). Im Schrifttum wird zum Teil auch die Arglosigkeit von (schlafenden) „Familiencyrannen“ verneint, von denen im Sinne der Notstandsvorschriften eine Dauergefahr ausgeht (so *Rengier*, NStZ 2004, 233, 236 f.; *Otto*, NStZ 2004, 142, 143).

Von diesen Grundsätzen gibt es jedoch auch Abweichungen: So liegt Arglosigkeit beim **klassischen Hinterhalt** vor, selbst wenn der Täter dann offen dem Opfer gegenübertritt (BGH, NStZ 2010, 450, 451; BGH, NStZ 2022, 161, 162).

#### **Beispiel:**

*A möchte die O töten. Er lockt die O zu diesem Zweck mittels einer SMS zu einer angeblichen Party zu später Stunde in eine einsame Hafengegend. Nachdem O dort angekommen ist, tritt A der O offen gegenüber und tötet die O. Hierbei handelt es sich um den **klassischen Hinterhalt**, bei dem eine heimtückische Tötung zu bejahen ist. Maßgeblich ist, dass O aufgrund des Hinterhalts nicht mit einem Angriff des A rechnete und aufgrund dieser Arglosigkeit wehrlos war.*

Klarstellend ist zudem darauf hinzuweisen, dass Heimtücke auch zu bejahen ist, wenn der Angreifer dem Opfer offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem Angriff aber so kurz ist, dass dem Opfer keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen (BGH, NStZ 1993, 438).

Ein **allgemeines Misstrauen** beseitigt die Arglosigkeit nicht. Wissen etwa Politiker um die allgemeine Gefahr, Opfer eines Attentats zu werden, sind sie dennoch arglos, wenn zum Beispiel aus dem Hinterhalt auf sie geschossen wird. Das gilt ebenso für andere gefährdete Personen (zum Beispiel für Polizeibeamte oder grundsätzlich gefährdete Privatpersonen).

Arglos kann nur derjenige sein, der überhaupt **Argwohn bilden** kann. Das ist bei Kindern ab ca. drei Jahren anzunehmen (BGH, NJW 1978, 709; BGH, NStZ 2006, 338, 339; BGH, NStZ-RR 2020, 313). Bei **Kleinstkindern** (also solchen unter drei Jahren) kommt aber nach dem BGH eine heimtückische Tötung dennoch in Betracht, wenn die Arglosigkeit anwesender **schutzbereiter Dritter** ausgenutzt wird (BGHSt 4, 11, 13). Schutzbereiter Dritter ist jede Person, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- und Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und diesen im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht macht, weil sie dem Täter vertraut oder vom Täter ausgeschaltet wurde (BGH, NStZ 2015, 215). Zu denken ist hierbei etwa an die Eltern, Ärzte, Krankenpfleger oder sonstige Aufsichtspersonen wie Babysitter. Der schutzbereite Dritte muss aufgrund der Umstände des Einzelfalls den Schutz auch wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe erforderlich ist (BGH, NStZ 2015, 215).